

## 幸福追求権と司法審査基準

——「私事と自己決定」の憲法的保障範囲と程度——

『司法権・憲法訴訟論』補遺（4）

君塚 正臣

## はじめに

日本国憲法は、人権条項の実質的冒頭である13条に「生命、自由及び幸福追求に対する権利」の保障を置いている。同条は、その位置からして、日本国憲法の人権に対する考え方を凝縮したものと考えられ、まさに同条の文言通り、個人の尊重、個人主義が核と言える。芦部信喜は、「日本などの憲法における最高の構成原理と解される『人間の尊厳』の原理は、」人間主義、「個人主義 (individualism) であり、「それが人権を支える究極の根拠だ」とする<sup>1)</sup>が、憲法13条には「個人として尊重される」とあり、個人の尊重 (individuality) は、ナチスによる戦慄的な結末を受けてのドイツ基本法1条の「人間の尊厳」(Die Würde des Menschen, human dignity) もしくは人格主義 (Personalismus)<sup>2)</sup>、即ち、個々人が「人格的自律の存在として最大限尊重されなければならない」<sup>3)</sup> こと、あるいは「人間存在に対する侵しがたい畏怖の念」<sup>4)</sup> というのとは微妙に異なろう。日本国憲法は総じて、「人間の尊厳」から「人間」だけが他の生命体と異なり、「何でも好き勝手なことをする尊厳性が認められなければならない」ことを打ち出したものでもなかろう<sup>5)</sup>。「死刑にされた人間」「も尊厳をもつ」と

され、「人間の単なる生物学的な生命」が問題なの「ではな<sup>い</sup>」<sup>6)</sup>「人間の尊厳」に例外はないが、「個人の尊重」は憲法 13 条にいう公共の福祉による制約に服する<sup>7)</sup>。「尊厳」は内容的に「人間だけに関連する」ものであり、「より客観的な意味」を有するが、「尊重」は「立法府」や「実定法規」などにも用いられ、かつ「より主観的な意味をもつ」と言え<sup>8)</sup>、日本語としても位相が異なるろう。その意味では、ドイツ基本法で言えば、2 条 1 項の「自己の人格を自由に発展させる権利」<sup>9)</sup>の方に、日本国憲法 13 条は親和性があるろうか<sup>10)</sup>。「『生命・自由・幸福追求』が確保されれば予定調和的に人権の価値実現をはかりうるとみた時代の表象と、その結果現出した『人間』性と『人格』の破壊に対しあらたな対抗をはかる時代のそれとの間には、「一定の相違を確認することができる」<sup>11)</sup> 筈である。よって、日本国憲法の「個人の尊重」は、ドイツの「人格主義」的な「人間の尊厳」とは異なる概念であろう<sup>12)</sup>。この点、名誉権が、「個人の人格を潰した全体主義体制の経験、個人の生活事実情報に貪欲な現代管理化国家等々の文脈の中で」考えられるべき<sup>13)</sup>との指摘には、「人格」という用語を用いて説明する必要があるのかは別として、共鳴できる。

憲法制定までの経緯に鑑みても、憲法 13 条は、「満洲事変以来」終戦「に至るまで動もすれば所謂『全体主義』が国策として主張せられ、全体の為には個人は其の總ての利益を犠牲として之に奉仕することが其の當然の本分であると為し、之に對して個人を尊重すべきことを主張する思想は『個人主義』として国策に反するものの如くに排斥せられたのであつたが、」これ「を排斥して、個人主義の思想を肯定すると共に、其の極端に馳することを抑制」する<sup>14)</sup>ものであり、端的に言えば、「戦前の軍国主義の歴史の反省に立って、個人の尊厳においた基本的人権尊重主義を憲法の基本原理にし」<sup>15)</sup>、「精一杯果たそうとしている自己実現に対して払われるべき評価」<sup>16)</sup>である。1945 年 9 月 22 日の「降伏後ニ於ケル米国ノ初期ノ対日方針」に「日本国民ハ個人ノ自由竝ニ基本的人権」「ノ尊重ヲ増大スル様励セラルベク」とあったこともあり、「基本的価値を国家におき、国民には国家からの派生的価値のみを認めるという全体

主義的尊重に限定される可能性」を拒絶し、『個人』にも基本的価値があることを承認し<sup>17)</sup>象徴である。このような「個人の尊重」重視は、利己主義や家族の崩壊などの元凶であるなどとして、しばしば復古派の標的となり<sup>18)</sup>、集団・共同体主義こそが日本人の伝統的価値観であるとの主張<sup>19)</sup>を招き、近時、自民党の日本国憲法改正草案が本条の「個人」を「人」に変更してきていることは、「行き過ぎた個人主義が身勝手な人たちを増やした」とする考えに基づくと推測され<sup>20)</sup>、逆に本条が日本国憲法の核心であることを浮き彫りにした。終戦直後の日本政府や民間の憲法草案の中には、個人主義、個人の尊重は殆ど登場しない<sup>21)</sup>。その意味では、放置すれば、日本人にありがちな集団主義傾向に傾斜して日本国憲法、就中人権条項なかんづくの核たる13条が解釈され易いことに留意すべきであり、「個人」の「尊重」という文言の死守、その意を汲んだ解釈をなすことこそが、日本における国家と国民の関係、世界的に当然となった近代立憲主義の側に立つ覚悟を示すものとなる。

よって、個人主義の見地から日本国憲法13条の意味を確定し、保護範囲を確定すると共に、その司法審査基準を提示することが肝要である。同条を基盤としてプライバシー権などが「新しい人権」などとして十分に主張展開されたのは、漸く1970年代のことである<sup>22)</sup>。そして、1990年代になると憲法13条は包括的人権（基本権）の一つとして捉えられ、主論点も自己決定権に移行し、活発な論争は現在に至っている<sup>23)</sup>。論争はなお新しく、かつ流動的である。以上の状況認識を踏まえ、本稿では、本条に関わる議論を整理した後、同条解釈のあるべき方向を提示し、人権条項と司法審査の関係を大局的に提示することの核心的な方向性を見定めることとしたい。

## 1 幸福追求権の性格論争

終戦から暫く、憲法13条は文言が抽象的であり、その具体的権利性は認められないとの説も多かった<sup>24)</sup>。憲法制定時の議論も、幸福追求権とは個別的

人権の総称に過ぎず、その具体的権利性を認めるような審議はなされていなかった<sup>25)</sup>。美濃部達吉も、13 条について、「基本的人権の中にも特に其の基本的原則」として「各個人の人格の尊重」がある<sup>26)</sup>と述べ、日本国憲法制定に間接的な影響を与えたとされる鈴木安蔵も、「国家は、国民の生命、自由および幸福追求にたいする幾多の権利」について「立法、行政、司法すべての国政の上で、最大限に尊重せねばならぬ」<sup>27)</sup>と記し、特にこれを具体的人権規定と考えなかった。宮沢俊義も、自由権と自由を区別し、全ての自由が憲法上の基本的人権であるとはしなかった<sup>28)</sup>。大日本帝国(明治)憲法下でもその「科学的」解釈を行って個別的自由権説に立ち、一般的自由権説を批判した宮沢が、戦後もその立場を維持しなかったことは自然なことに見える<sup>29)</sup>。賭博開帳の自由を憲法は保障しないとした最高裁判断における栗山茂裁判官の意見も、「憲法 11 条 12 条及び 13 条は『この憲法が保障する自由及び権利』の保障そのものではなく、保障は 14 条以下に列挙するものである」としていた<sup>30)</sup>。

しかし、1960 年代に入ると公害問題の社会問題化から環境権が提唱され、別途、プライバシーの保護の必要性が高まると、これら、はっきりした明文の憲法規定を欠く権利を憲法上保障できないかという議論が生じてきたのである<sup>31)</sup>。憲法 13 条が具体的権利であることを提言したのは、種谷春洋だと言えよう。種谷は、まず、酒井吉栄による「幸福の追求」という言葉もロック自身の言葉だとする説<sup>32)</sup>を批判し、ロックと同時代の人々が広義の property という用語を用いていたこと、「幸福の追求」の語がアメリカ独立宣言の原案から最終案まで修正されなかったことも明らかであり<sup>33)</sup>、「幸福追求の権利は、アメリカ人権宣言史においては、生命、自由、財産に対する権利と不可分であった。これらの権利を包括する言葉として、幸福の追求が用いられたにせよ、property が用いられたにせよ、それは、結局は同一の意味」「すなわち、個人の人格を承認し、このような人格的生存に必要な自由権利を包括的に表現するものであった」<sup>34)</sup>と、まず歴史的な経緯を説明した。そして、ポツダム宣言 10 条が「言論、宗教及び思想の自由並びに基本的人権の尊重は確立されるべきである」

と謳っていることに着目し、「その趣旨は、憲法13条前段の趣旨に符合するものであったことが注意される」<sup>35)</sup>と言う。そして、「この趣旨は、国政によって、個人の人格を尊重するという基本原理をのべたもの」であり、それは、「個人の平等かつ独立な人格価値を承認する」個人主義と「個人の尊厳」を保障したと述べる<sup>36)</sup>。そして、「個人の尊厳条項は、個人人格の尊重を優先して宣言する憲法上の基本原理であるから、憲法13条後段の『生命、自由及び幸福追求』の権利（以下、生命・自由・幸福追求権）も、以上の原理と不可分な関係にある、と解すべきことは当然である」として<sup>37)</sup>、13条「それじたい一つの権利としての性格をもつ」ことを主張した<sup>38)</sup>。

そして、憲法13条に権利性を認めない従来判例・通説を覆し、同条が「個人の尊重原理を定めて」いることなどから「生命・自由・幸福追求権の権利性が否認される、とする帰結を導くことは正当とは解されない」として、「第1に、同一の規定中に、かような客観的規範と主観的権利とが両立しうるのみならず、「権利そのものが法秩序によって個人利益のために与えられた法力である、と考えられる」こと、「第2に、憲法13条は」まさに「国民」の「権利」を「規定する」のであって、この「条項の権利性を肯認せしめることを可能とする」こと<sup>39)</sup>、「第3に、」この権利は、「人格価値をその核心にもつところの一定の人格的利益を対象とする権利である、と解されるから、その内容が包括的であるとしても、それをもって、その権利性を否定することは正当ではない、と解される」こと<sup>40)</sup>、そして最後に、憲法13条を「自然権の宣言規定と解する立場」でも、「同条の実定法的効果を否認することは正当ではない。ただし」この権利は「同条の占める位置からいって、」「実定（憲）法規範にまで導入されてあるもの、として理解される」<sup>41)</sup>とされるようになっていった。種谷は、「生命・自由・幸福追求権が、個別的基本権との関係において、後者の保障上の意義を失わしめることなく、その有する保障上の意義を理解するとすれば、前者は後者に対して包括的性質を有する基本権であり、かつ両者には、一般法・特別法の関係が成立する」<sup>42)</sup>としたのである。後年、宮沢俊義も、「憲法」[13

条」 「を純然たるプログラムの規定ないし法的マニフェストとのみ見ることは、正当ではあるまい」、この「規定との関係においても、違憲な法令というものも、考えられないわけではない。憲法の具体的に保障されている人権と同じ性質をもつ権利について、それについての特別の条項がないとき、解釈上、」11・13・97 条「を根拠とすることが要請される場合もあろう」と述べ<sup>43)</sup>、憲法 13 条の権利性を認めた。芦部信喜も、憲法 13 条と個別の人権を保障する条項との関係については、「一般法と特別法の関係に立ち、個別的基本権が妥当しない場合にかぎって 13 条が適用されると解する通説的見解 (補充的保障説) が最も適切であろう」<sup>44)</sup> と述べており、1993 年には「基本的人権は、憲法典に明記された諸権利に限定されるとする立場」は「みあたらず」なくなり<sup>45)</sup>、学説の圧倒的多数は、憲法 13 条、それもその後段の具体的な権利性を認めるようになった<sup>46)</sup>。換言すれば、「『幸福追求権』の法的権利性を主張する解釈学説は、」 「憲法起草者あるいは制定者の理解と密接な関係を有している」ため、「憲法の制定時において、憲法の中に組み込まれた遺伝情報が、その成長とともに当然に発現してきたもの」<sup>47)</sup> とも言えようか。無法と混乱が発生し、パターンリステックな指導はやはり必要だ、変わり者や逸脱者の選択を擁護するだけだ、それは時流に左右された無原則な議論だ、などとする反論も一部にあった<sup>48)</sup> 自己決定権の主張も、個人主義の見地からは、個人が個人的なことについて自らの意思で決する自由があること自体は否定できず<sup>49)</sup>、一般化した。

裁判例でも、初期の頃は憲法 13 条におよそ権利性を認めないものが続いた<sup>50)</sup> が、1958 年には東京地裁が、受刑者の強制剃髪に関する事案で、「一般に、各人が自己の頭髪の型に関して有する自由については、憲法上直接これを保障する明文の規定はないが、憲法の自由の保障に関する規定は制限列举的なものと解すべきではなく、本来国民が享有する一般的な自由のうち、歴史的、社会的に特に重要なものについて、個別的に明文の規定を置くとともに、そこに記載されていないものについても、一般的にこれを保障する趣旨をも含むものと解すべきであり、そのことは憲法第 13 条の規定からも窺い得るところである」

と判示した<sup>51)</sup>ほか、1964年の大阪証券労組保安阻止デモ事件大阪高裁判決<sup>52)</sup>が、「人はその承諾がないのに自己の写真を撮影されたり世間に公表されない権利（肖像権）を持つとすれば、それはプライバシーの権利の一つとして構成することができる」、「公共の福祉のために必要であると認められるときに相当な制限を受けることは、憲法13条の規定に照らしても明らかである」と述べ、同年の「宴のあと」事件東京地裁判決<sup>53)</sup>も、「プライバシーの尊重」は「近代法の根本理念の一つであり、また日本国憲法によつて立つところでもある個人の尊厳という思想は、相互の人格が尊重され、不当な干渉から自我が保護されることによつてはじめて確実なものとなるのであつて、そのためには、正当な理由がなく他人の私事を公開することが許されてはならないことは言うまでもないところである」、「いわゆるプライバシー権は私生活をみだりに公開されないという法的保障ないし権利として理解されるから、その侵害に対しては侵害行為の差し止めや精神的苦痛に因る損害賠償請求権が認められるべきものであり、民法709条はこのような侵害行為もなお不法行為として評価されるべきことを規定しているものと解釈するのが正当である」などと判示し始めた。更に、1968年には、東京高裁が、田町電車区入浴事件<sup>54)</sup>において、「憲法第13条が基本的人権たる生命、自由及び幸福追及に対する国民の権利を公共の福祉に反しない限り、立法その他国政の上で、最大限に尊重することを要請していることに鑑みれば、自由及び幸福追及に関する国民の権利の一内容として、公共の福祉に反しない限り、国民はその承諾なくして写真を撮影されたり、これをみだりに公表されたりすることがないことを内容とする利益を持つものであり、これを私生活をみだりに公表されないことを内容とする国民の自由及び幸福追及の権利に内包されるものと解される（これをいわゆるプライバシーの権利と称することはあるが、実定法上確定された権利であるとするにはなお疑問がある。）。しかし、権利ではなく利益であるとしても、かかる利益が尊重されなければならないことは当然である」と判示し、その権利性の容認に迫っていた。

最高裁も、まず、1958年の帆足計事件で、田中耕太郎、下飯坂潤夫の両裁



判官が、「憲法 22 条は 1 項にしる 2 項にしる旅行の自由を保障しているものではない。しからばこれについて規定がないから保障はないかというところではない。憲法の人権と自由の保障リストは歴史的に認められた重要性のあるものだけを拾ったもので、網羅的ではない。従つてその以外に権利や自由が存せず、またそれらが保障されていないというわけではない。我々が日常生活において享有している権利や自由は数かぎりなく存在している。それらはとくに名称が附されていないだけである。それらは一般的な自由または幸福追求の権利の一部をなしている。本件の問題である旅行の自由のごときもその一なのである」とする補足意見を述べた<sup>55)</sup> 後、1969 年の京都府学連事件<sup>56)</sup> において、多数意見が、「個人の私生活上の自由の一つとして、何人も、その承諾なしに、みだりにその容ぼう・姿態 (以下「容ぼう等」という。) を撮影されない自由を有するものというべきである。これを肖像権と称するかどうかは別として、少なくとも、警察官が、正当な理由もないのに、個人の容ぼう等を撮影することは、憲法 13 条の趣旨に反し、許されないものといわなければならない」と判示し、当該事案に関連したある種の肖像権に限ってではあるが、憲法 13 条の権利性を明確に認めたのであった。また、1970 年の高知刑務所喫煙禁止違憲訴訟<sup>57)</sup> においても、「喫煙の自由は、憲法 13 条の保障する基本的人権の一に含まれるとしても、あらゆる時、所において保障されなければならないものではない」と判示し<sup>58)</sup> ており、その訴えは斥けつつも、基本的人権は憲法 14 条以下に列挙したものに限定されないことを暗示したとも採れよう。しかし、判例の歩みはそこでほぼ止まっており、「学説の議論とは一切関わりのないところで判決文を書いている」<sup>59)</sup>、「人格的利益を保護した主観的権利としての『自己決定権』論との間の距離は大きく隔たっている」<sup>60)</sup> との厳しい指摘もある<sup>61)</sup>。

学説の中の論争は更に進み、憲法 13 条が自由権以外に社会権を含むかが争点となった。これについては、社会権が「自由権を実質的に確保するために補充的に保障されたものである」から<sup>62)</sup>、「『自己決定権』は、自律的生の制度的条件を要求するといった社会権的な側面を含んで」いる<sup>63)</sup>、もしくは貧困



者などの人間の尊厳こそそうして守られるべきだという趣旨<sup>64)</sup>からの肯定論もある。しかし、「個別的な各条項の規定を直接の根拠とする具体的な権利として主張し得るもの」については「直接に『幸福追求権』によって保障されている具体的な権利であると主張することは必ずしも正当ではない」<sup>65)</sup>。直截的に「社会権にかかわる新しい問題は、原則として、包括的規定である 25 条によって解決される」ようにも思われる<sup>66)</sup>。憲法 13 条の包括的人権性を踏まえても、理論的には兎も角、社会権などの国務請求権を直接的に保障する条項として同条が登場することは稀であろう。種谷春洋も、『生命・自由・幸福追求』権が異なる地位を同時に含むならば、権利の内包は破壊されるにいたる」として、「国法の定立（または処分）の禁止を要素とする」自由権に限定し、「日本国憲法は第 25 条に生存権の総則規定を明示しているのであるから『生命・自由・幸福追求』権を拡張することの必要性は少い」と述べている<sup>67)</sup>。そして、それが「多様な人格的利益を内実とする権利である」とすれば、「国家によって侵害されないという消極的地位を与えられた権利」であろう<sup>68)</sup>。もし仮に、憲法 13 条を一般的自由と捉えるのであれば、自由権であって社会権ではないとするのが自然である。これに対し、芦部信喜は、環境権に関する根拠条文における 13 条と 25 条の関係について、「社会権にもそれに対する侵害の排除を求める防御権（自由権）としての側面があり、それが重要な意味を有する場合があることを認めるので、競合的保障説を妥当と考える」<sup>69)</sup>とするのであるが、これは疑問であり、生命や健康に関する権利の表われとしての環境権は 13 条を根拠にすれば足り、少なくとも何れかの条項だけを根拠にすべきである<sup>70)</sup>。そして、日本国憲法においては、精神的自由、経済的自由、社会権についての人権カタログは多く用意されていると思われるため、明示的と思われる規定が他にない、「生命・身体の自由、人格価値そのものにまつわる権利（名誉権、プライバシー権、環境権など）、自己決定権、適正な手続的処遇をうける権利、参政権の権利などが主として問題とな」っていった<sup>71)</sup>。そこでの自由とは、内面的な決定を超えて、それに基づく外部的行為の自由であることは明らかであり、それを禁止・

制限する法制に対し主張されていったのである<sup>72)</sup>。

## 2 憲法 13 条の保障範囲を比較的広範に理解する見解

では、憲法 13 条がどのような権利を具体的に保障しているのか。学説の論争は、人格核心説もしくは人格的自律権説と一般的自由権説の対立に、焦点が移った。大別すれば、前者はアメリカ、後者はドイツで確立した判例法理である<sup>73)</sup>と言え、これを背景に日本でも論争がなされてきた。

まず、佐々木惣一は、「憲法第 13 条は、国民が個人として尊重される存在権を定めるに当たり、その権利の内容として、自由を示し、自由に對する国民の権利という言葉を用いる。その自由というのは一般的自由のことである。一般的自由権は、公共の福祉に反しない限り一般に自由を束縛されない、という権利である」<sup>74)</sup>と述べており、一般に存在権説と呼ばれる。この説と一般的自由権説の繋がりは必ずしも明確でなく、存在権と個別の人権カタログとの関係も明らかではない面があった<sup>75)</sup>が、「一般的自由」との文言を用い、広く憲法上の権利と考えている点で、一般的自由権説の先駆けと評してよかろう。この「用語を継承し」た<sup>76)</sup> 桜田誉も、「憲法 13 条にいう存在権は、個人の尊嚴の内容であるところの、自己の生命を支配して生命力を充実し、一般的に自由を享受し、幸福を追及<sup>ママ</sup>している人間として存在する法上の力である」<sup>77)</sup>と述べていた。覚道豊治は、憲法 13 条について「一般的人格権」と述べているが、その説明として、「服装の自由、趣味の自由なども 13 条の保障するところ」と述べており<sup>78)</sup>、一般的自由権説に含めてよかろう。阿部照哉も、13 条には、「個別的自由権には含まれず一般的自由権に包摂される無名の自由権の存在または出現が予定されている」などとしており、その中に「人格的価値に対する権利(生命・身体・名誉)」などがあるとしているとは言え、ここに含め得る<sup>79)</sup>。

次に、橋本公亘は、「憲法の精神から見ると、国民はまず自由であり、憲法は国家権力による侵害の起こりやすい自由を例示的に列挙してこれを保障した

ものと考えられること」や、「もし個々の自由権のほかにも自由が認められないとすると、その余の事項については権力者の意のままに自由が制約されることとなる」ので「個別的自由権の間隔を埋めるためには一般的自由権の存在を認める必要がある」こと、13条の文言、「外国憲法についても」この「ような解釈がなされていること」などを挙げ、一般的自由権説に立つ<sup>80)</sup>。長尾一紘も、これに従い、「人格核心説には、自由権の保障について、保障範囲について狭きに失し、自由権以外の権利を包含する点については広きに失するとの難がある」とする<sup>81)</sup>。工藤達朗も「一般的自由説に共感を覚え」ている<sup>82)</sup>。

戸波江二は、「国家権力に対して個人の自由な領域を確保するという自由権の本来の意義に照らして、個人の自由な行動が広く保障されるとし、」<sup>83)</sup>「人権保障の範囲を限定すると、実質的に人権保障を弱めることになる」とする<sup>83)</sup>。そもそも、「権利の由来ないし生成過程の点で、自己決定権は、」<sup>84)</sup>「むしろ19世紀リベラリズムに淵源をもつ権利」であるため、「国家の立入禁止の指摘領域内での個人の自律的で任意の自己決定権を意味し、」<sup>85)</sup>そ「の一般的自由としての理解に連なる」などとする<sup>84)</sup>。そして、「自己決定権が個人の自由な行為一般を保護領域とすると理解するのであれば、個別的人権を乱立させることにはならず、」<sup>86)</sup>「人権保障の範囲の拡大をもたらし、むしろ好ましい」とする<sup>85)</sup>。ドイツでもそれが判例<sup>86)</sup>・通説<sup>87)</sup>であることも理由にしている<sup>88)</sup>。

戸波は、「人格的利益説」について、「自律的人格という観念を幸福追求権から導き出される人権の選別基準として用い、ひいては、それを一般的自由を切り捨てる道具としてはならない」<sup>89)</sup>とし、「憲法上の人権ではない行為が規制された場合に、どのような論理によって憲法上の保護が与えられるのかは明確ではない」<sup>90)</sup>と批判、「人権規定が保障しているのは、人間の人格的な行為のみではなく、あるがままの人間の自由、ひいては人間の存在そのものを広く保障していると解すべきこと」、「『人格的生存に不可欠』という判断基準は不明確であり、たとえば喫煙や髪型、趣味の自由が含まれるか判然としない」、「人格的生存に関わらない自由の制限に対する憲法上の救済が困難になる」、「実際

に校則によるバイク規制は学校による生徒の自由の権力的規制であり、それは人権問題と把握することが実情に適する」などと批判する<sup>91)</sup>。根本には、「およそ自分が決めるべき問題について国家によって不当に制約されないという権利があり、その自己決定の一つの内容としてオートバイに乗ることがある」<sup>92)</sup>というだけなのだと主張する。戸波は、「殺人の自由、強盗の自由などの犯罪行為は、憲法上の自由とはいえない」として、「外延」を規定する<sup>93)</sup>。但し、何故これらが当然に排除されるのかについては、「他者加害の禁止は、本来は人権制限の正当化の局面で働くが、きわめて明瞭な他者への侵襲はそもそも一般的自由の保護範囲から除かれるべきである」<sup>94)</sup>という以上の説明はない。赤坂正浩も、このような一般的自由権説に賛成する<sup>95)</sup>。内野正幸も、「人格的利益説」に対して、「国家権力からの自由は、すべて人権として尊重するにあたいするものであろう (なお、人権カタログには、国籍離脱の自由〔22 条 2 項〕などのように、いわば価値の弱められたものが組み込まれている)。また、喫煙の自由をはじめとする個々の自由は、内容のあいまいなものとはいえない」と反論している<sup>96)</sup>。

阪本昌成も、人格的自律権説に対し、「人格的生存に『不可欠／不要』というふるい分けにかける危険な二分法とならないか。換言すれば、反合理的な利益が基本権保障の対象から切り落とされないか」、「日本国憲法典上の『基本的人権』保障条文が、人間にとっての基本的ニーズを網羅しているわけではない以上、そのニーズを『人格権の総体』と称して、〈幸福追求権は、包括的権利としてすべての人権の基底的权利である人格的利益の総体を内実とする〉と言いたくもなる。しかし、それは、『『権利の欠如に起因する幸福の欠如に比例して、そのような権利があればいい』との願いを『人格的利益』に込めただけである、[安易な『不可欠／不要』の二分法を避けようとするれば、人格概念が不明確 (または包括的) なだけに、すべての利益が『不可欠』とされないか]、[『道徳的人格と人格的利益のカタログとのロジカルな関連性を明らかにしないまま、『人格的生存に不可欠な利益』を説くことは、大前提のなかに解答を用意している循環論ではないか]、『個人の尊重』原則を『人格』から解明する

ことは妥当であるか」などの疑問を矢継ぎ早に投げ掛けた<sup>97)</sup>。そして、人格的自律権説が、「自らの生の作者である」という曖昧で困難な概念から、幸福追求権の具体的権利性を支えることは、さらに曖昧で困難な業である」、「『人格的自律』から『幸福』追求権を道徳理論で支えることは、現実的でもなければ、理論的でもない」と批判する<sup>98)</sup>。『『人格』は、客観的な倫理規範として求められた概念であるのに対して、『幸福』は主観的利益に関わる別の概念である。倫理的・客観的価値を有する行為だけを保障せんとする理論は、自由にとって最も脅威となる」のだから、『『非人格的な』利益であっても、保護の対象とするものでなければならない』<sup>99)</sup>ので、「人間存在の独自の価値を個別・多様性に求める」「立場からすれば、他者からの外的強制を受けることなく、その個別・多様性をもつ各人がその自己愛を追求する自由こそ、『個人の尊重原則』の意味である」<sup>100)</sup>として、一般的自由権説に立つ。「一般的自由(権)説は思弁的で超越論的な思考によらず、現実のありのままの人間を経験的に捉えようとする」<sup>101)</sup>ものだとして、その立場を肯定するのである。そして、阪本は、同説は「その具体的内容を呈示していない」などの批判も受けるが、これは「13条に『国家の無機能／国民の免除権』の根源を求めるのであって、決して反射的利益を説いているわけではなく、さらにまた、免除(自由)権にいかなる積極的内容を盛り込むかを各自に委ねるのである」<sup>102)</sup>とすると、<sup>あたらし</sup>「独自の観点から自説を展開する」<sup>103)</sup>。このほか、二重の基準論を否定する「一つの自由」論者は、国家からの自由の優劣を付けることはないであろうから、学説を大別すれば、一般的自由権説に属する筈である。明言は避けられているが、新正幸も、「自由」の「いずれが価値が高いとか、低いとかいうようなものではない。いずれもが、体系的に不可分に結びついており、いずれが損なわれても、一体不可分のものとして、自由そのものが損なわれてしまう」と述べている<sup>104)</sup>。

伊藤正己も、帆足計事件の田中耕太郎、下飯坂潤夫の両裁判官の補足意見を引きつつ、「この一般的自由権を主として13条を根拠に認めることは妥当であろう」と述べ、「仮定的ながら、喫煙の自由は13条の保障する基本的人権の一

つに含まれることを示唆する」として高知刑務所喫煙禁止違憲訴訟を紹介しており<sup>105)</sup>、一般的自由権説と解せる。樋口陽一も、「新しい権利類型をひき出すための手がかりとして、幸福追求権が援用され」とし、「今日的課題への対応のなかから要求される新しい権利 (人によっては自由権、社会権につぐ『第三世代の人権』と呼ぶもの) を憲法上根拠づけることは、重要な意味を持」つとしつつ、「その反面、『人権のインフレ化』による価値下落現象がおこる危険性、裁判官の主観的な判断の余地を過大にするおそれ、などの問題点をも考慮に入れなければならない」<sup>106)</sup>としているなど、一般的自由権説と親和的に読める。粕谷友介も、「憲法 13 条前段を受けた後段の 3 要素から」、「明文化可能な個別的人権が列挙されて」おり、そのことから、「憲法 13 条前段は自由権的な個別的人権と無名人権の両者を包括的に保障した規範である」<sup>107)</sup>と述べており、大別すればこの立場であるように思われる。遠藤比呂通<sup>108)</sup>、棟居快行<sup>109)</sup>なども同様の評価ができそうである。

更に、民法学者の山田卓生は、「ライフスタイルから、喫煙、登山、生死の決定といったさまざまな『私事』における自己決定」に関心を寄せ<sup>110)</sup>、「プライベートな事柄については、他から干渉されることなく、自己の責任で決定して生きていく」<sup>111)</sup>ことをテーマに、民事としての私事における自己決定の存在を問題提起した。この点は、「自己決定権」が「近代法の基本原則である私的自治と近い関係にある」<sup>112)</sup>ことが起因していよう。著書は、大きく、「ライフスタイル」、「危険行為」、「生死と自己決定」に分けて様々な場面を論じており<sup>113)</sup>、「自墮落な行為」概念はないものの、その射程とするところは一般的自由権説とほぼ一致し、これらを「人間の尊厳、独立性の尊重」、「選択の自由を広く認めることにより、よりよい選択がなされること」<sup>114)</sup>、そして、「行政上の都合とか、能率至上の画一的取扱いのために、個人の自由を制限する傾向が強くなりつつある現代社会において、自己決定の意味は、ますます重要になっている」<sup>115)</sup>と説明しており、「他人に危害を与えない分野におけるもの」<sup>116)</sup>について認める方向性を打ち出したのである。但し、その憲法上の



根拠としては、「幸福追求というのは、あらゆる自由の目的であるといえるが、これを根拠として、ただちに、具体的な人権を導き出すことは難しい」<sup>117)</sup>として、憲法13条を根拠とすることには否定的で、「自己決定というのは、思想・良心の自由(19条)、信教の自由(20条)、集会・結社・表現の自由(21条)、居住・移転・職業選択の自由(22条)等、基本的な自由の前提になっているものであり、これらの規定の底にあるものとして」「認められないか」とする<sup>118)</sup>。そして、「髪形や、服装については、」「いわゆる象徴的表現」と考え、「自己決定権に、表現の自由の一態様として、21条1項によって基礎付けることが考えられる」とするのである<sup>119)</sup>。山田の説明は、民法上の権利を離れて既に憲法論となっており<sup>120)</sup>、アメリカにおけるプライバシーの権利に相当する中身である<sup>121)</sup>。個別的基本権でカバーできる人権はまずそこで処理すべきとの原則のほかは、憲法13条の抽象性を嫌い、アメリカにおけるプライバシー権の保障の判例<sup>122)</sup>を、修正14条から認めた1973年のRoe v. Wade<sup>123)</sup>から、憲法各条の半影(Penumbras)とする1965年のGriswold v. Connecticut<sup>124)</sup>に戻すような説明であることが特徴的であるように思え、さすがにこれには佐藤幸治による批判<sup>125)</sup>がある。だが、保障の限界については、権利の範囲を制限するのではなく、「他人に危害を加えるおそれのある場合」であって「抽象的な社会性による制約」のレベルでないことについては制約を認め、更に「おそらくは、生命に関しては、生命保護の観点からする自己決定権の制約がなされる」としている<sup>126)</sup>ほか、その権利を「子ども」についても広範に認めようとしている<sup>127)</sup>ので、憲法論として見れば、一般的自由権説に立つ多くの立場とほぼ同じと考えてよからう。「行政が私人の自由と財産を侵害する行為についてのみ法律の根拠を必要とする」<sup>128)</sup>という行政法学の通説的見解である侵害留保説も、一般的自由権説の行政法的言換えに見える<sup>129)</sup>。

このほか、藤井樹也は独自の立場に立っている。まず、「生命、自由及び幸福追求」が「並列されていること」、「『幸福追求』が『生命』や『自由』をも包含するという歴史的由来が肯定されたとしても、それが憲法第13条のテク



スト解釈のきめ手になるとはいえないこと、「『生命』や『自由』のほうが『幸福追求』よりも法律用語として明確であり確立したものであること」などから、「憲法第 13 条後段を『幸福追求』の名で一括する必然性はなお明白ではない」<sup>130)</sup>とする。そして、「憲法第 13 条に『自由』という文言がある以上、この文言のもつ意味にあまり注意がはられていない現状にはおおきな問題がある」<sup>131)</sup>として、「むしろ、憲法第 13 条の『自由』という文言に、「歴史的意味をおびた『幸福追求』という文言がともなうことによって、憲法第 13 条の『自由』に対する『権利』が包括的権利として列挙されていない権利を保障する確固とした根拠とされることになる」<sup>132)</sup>のだと述べる。そして、このことから、「『散歩の自由』、『自殺の自由』、『殺人の自由』などを『一応の自由』にふくめる一般的自由説の理論構成に対する違和感がある」<sup>133)</sup>とも述べる。これらを含めるか否かは「『権利』という語の用法に『言語的限定』をくわえることによって、自己決定の保障範囲の無限定な拡大にはどめをかけるべきである」とする<sup>134)</sup>。そして、権利であり、「もっともゆるやかな審査が妥当する利益についても、理論上不合理かつ恣意的な規制が憲法違反とされる余地がのこっている以上は、それを憲法上の『権利』としてかたることが可能であり、「たとえば『散歩の自由』に対して不合理かつ恣意的な規制がなされた場合には、憲法第 13 条にいう『権利』に対する侵害を、具体的事例に即してかたることが可能である」とし、「『ことば』の用法の面から限定をくわえる立場からは、「具体的な場面ときりはなして、抽象的に『散歩の自由』や『自殺の自由』、『殺人の自由』が憲法上の『権利』であるという表現による物語構成をおこなうことは不適切である」と言う<sup>135)</sup>。そして、憲法 13 条の保障範囲を限定する見解を、「特定の価値観を前提に、個人の行為の自由の一部について、はじめから憲法の保護範囲の外に放逐してしまう点で、社会の支配的価値観と異なる価値観をもつ少数者を保護するという憲法の重要な役割を軽視する結果になり、疑問がある」<sup>136)</sup>と専ら批判しており、藤井説は、一般的自由権説をやや絞り込んだあたりがその保障範囲になる模様であるが、その保障範囲

の限定手法は戸波などとは異なるようである。藤井が、明文規定のない人権の創造的機能を全て憲法13条に委ねるつもりでもなく、例えば、憲法18条や19条から労働者保護を引き出す可能性もあるとしている<sup>137)</sup>点には留意が必要であり、結果、「憲法全体の趣旨から」という説明方法に接近する可能性がある。中曾久雄も、憲法上「列挙されていない権利について、列挙されている権利と同等の内容を持つ権利とそうでない権利の区別を否定し、列挙されていない権利を私的領域として捉え、それを司法審査により保護する」べきである<sup>138)</sup>として、「政府が基本的に介入できない私的領域の保護」<sup>139)</sup>を主張しており、アプローチは藤井説に近い。

以上のように、「実は決して一枚岩ではない」<sup>140)</sup>ものの、大別すれば、一般的自由権説は意外と多くの学説の支持するところなのである。そして、「いわゆる『基本的人権』の妥当する領域以外では公権力は何をやっても良いのかという問題提起は、十分考慮に値する」<sup>141)</sup>ものである。日本国憲法13条の個人主義からすれば、「具体的な生きた一人一人」により「既存の人間像に依拠しない、常に更新されゆく人間観（と同時に他者観）を探求していくこと」<sup>142)</sup>を予定し、ささやかな人生の拘りある決定を保障することが相応しいのであって、「人間の尊厳」のドイツ基本法よりも保障範囲を狭く解することは、均衡を欠く印象がある。また、13条を包括的人権（基本権）と呼ぶとすれば、14条以下の人権カタログの総和以上の保障範囲が広い説に進むのが自然である。このため、一般的自由権説を起点とし、問題点があれば修正し、それが多く、取って代わる有力な説があればそれを妥当と考えるという思考手順が適切であろう。

とは言え、一般的自由権説は、文字通りに捉えたとき、「すべての行為が法的保障を受けるという出発点が、従来の法的思考から離れすぎている」<sup>143)</sup>のであり、余りに広汎なものが人権となるというのは「健全な常識と合理的な判断」<sup>144)</sup>から外れており、憲法13条が「ドラえもんのポケット」<sup>145)</sup>化してしまうという難点がある。日本では、憲法13条を根拠に、人格権、環境権などが主張され、転じて、日照権や嫌煙権なども次々と主張された。また、殆ど

の学説は早々にプライバシー権を認めており<sup>146)</sup>、また、その中身も新聞・雑誌・ラジオの時代からインターネット時代へと媒体が変化した<sup>147)</sup> こともあって、「ひとりで放っておいてもらう権利」から「自己に関する情報をコントロールする権利」へと変化してきている<sup>148)</sup>。ここに、「断種・避妊・中絶(墮胎)などの問題と、尊厳死、医療拒否などの生命の処分に関する事項」を入れる説もある<sup>149)</sup>。そして、いわゆる自己決定権として、生命・身体に関する行為、生殖行為<sup>150)</sup>、危険行為・自堕落な行為、ライフスタイルその他が主張された<sup>151)</sup>。特に、自堕落な行為、ライフスタイルその他を保障したければ、人格的自律権説ではなく一般的自由権説が選択されよう<sup>152)</sup>。憲法に明文規定はないとしても、広汎に憲法上の権利としたい主張に、一般的自由権説は都合がよく、まずおよそどのような行為でも憲法 13 条を根拠に主張できたのである<sup>153)</sup>。

だが、一般的自由権説は、近代人権宣言の代表、フランス人権宣言 4 条の「自由は、他人を害しない全てのことをなし得ることにある」に通ずる<sup>154)</sup> もの、比較憲法的に見て、通説・判例化しているのはドイツだけであり<sup>155)</sup>、特殊ドイツ的主張だとも考えられる。同説が、「文字どおり」のもので、「『殺人の自由』をも含むものと読める」ならば、「アメリカのヴァージニア権利章典や独立宣言で『生命を享受する自由』がうたわれ、また、『生命に対する権利』を明記する日本国憲法 13 条も思想史的にはこの系譜に属する」ため、憲法 31 条が手続なくして生命の剥奪なしと「明記されていることに照らして、」こういった「理解は憲法の文言・構造と正面から衝突する」であろう<sup>156)</sup>。公共の福祉に反する行為が保障されないとしても、それでも当該概念としての自由が「憲法上の保障が推定され得る『一応の自由』でなければならない」であろう<sup>157)</sup> し、それはそれで「憲法上の権利に対する『制限』が、行動に対する直接的・具体的な制約より前の時点で発生」する<sup>158)</sup> ことの容認になっていないかとの疑念もある。そして、保障範囲が莫大なため、「様々な自由を『自己決定権』として一つの権利と考えることは、著しく困難」であり、「一般的自由権説では、『自由』と『自己決定権』はほとんど同じことなのである」<sup>159)</sup> とか、権利

という以上、「内容特定の個別化しなければならない」のであって、『『一般的自由権』という捉え方は「賛同し難い」<sup>160)</sup>とか、『『○○に関する権利』とか『××の自由』等といえるぐらいに特定されてはじめて一つの権利としての明確性・同質性を持ちうるのではな」いか<sup>161)</sup>、様々な権利について、外部に表れるものを「自己決定」という語で収斂できるのか<sup>162)</sup>、などと批判された。

そして、諸々の個人の決定をおよそ「自己」の自主的な「決定」として処理し、問題を見え難くする効用があることには留意が必要である<sup>163)</sup>。憲法上の人権と言うには、「個別的独自の存在たる人間の生き方にとって『基本的で重要な』ものでなければなら」ず、そうでないと「人権のインフレ化」を招く<sup>164)</sup>、『『憲法上の権利』の前提を修正しない限りは無理がある<sup>165)</sup>との批判もある。「憲法上の患者の自己決定権を持ち出して具体的解決できる争点は多くない」<sup>166)</sup>と言われるように、13条の保障範囲の拡大がどれだけの意味を持つのかは疑問のままである<sup>167)</sup>。そもそも、この説の究極である、殺人の自由とは何のための議論なのか、疑問である<sup>168)</sup>。そして、憲法上の人権がここまで広がれば、それに比例して人権制限の許容性も広がり、結局、人権保障が全体として弱められるという欠点がある<sup>169)</sup>ばかりか、そのことを逆手に、「歴史的に重視され、憲法に明記されている人権さえも、安易に規制され」かねず<sup>170)</sup>、憲法13条の漠然性を根拠として、その人権性の否定を導く説<sup>171)</sup>の呼び水ともなりかねない。加えて、「未成年者や精神障害者の場合は『自己決定権』はどうなるか」、即ち「人権とおよそ人がただ人たることによって当然に有する権利である」とすると、『自己決定権』は人権ではないという含意を生じないか<sup>172)</sup>などとする批判もある。佐藤幸治は、『『基本的人権』のほかに一般的自由を保障しているという論法もありうる』と述べている<sup>173)</sup>が、それはなかなか困難な説明であろうという痛烈な批判に見える。総じて、人格的自律権説は狭過ぎる、に応戦する水掛け論的な主張は兎も角、それ以上に、憲法上の権利の範囲を一般的自由と結び付けるべきとする積極的意義は示されていない<sup>174)</sup>ように思える。一般的自由権説が通説・判例であるドイツでも、「他人の権利」「道徳律」「憲法

的秩序」による制約に服しているのもあって、「憲法的秩序」を構成する「法治主義と社会国家の諸原則」、その中でも比例原則が一般的行為自由を大きく限定する機能を有しているとの指摘<sup>175)</sup>もあり、広汎な自由が憲法上の権利となるわけでもない。そうなると、従来の一般的自由権説は、いよいよ国際標準外と言えそうである。

そこで、一般的自由権説の多くは保障範囲を絞り、13 条をなんとか「大人のドラえもののポケット」<sup>176)</sup>にする修正を行う。他者加害行為の保障範囲からの排除が大概はその第一歩である。日本で一般的自由権説の修正が正当化できるかは、「人格概念によらずに、幸福追求権の保護領域に限定を加えることができるか否かが問題」ということになろう<sup>177)</sup>か。しかし、このような他者加害を排除する説では、「『公共の福祉に反しない限りという限定を付した一般的自由権』には『殺人の自由』は含まれない」という説明になるが、そういった自由が「公共の福祉に反しない限り」「国政の上で最大の尊重を必要とする」という解釈になり、「憲法の文言と調和しがたいという問題点がある」<sup>178)</sup>。それは「例えば信教の自由の保障を定義するにあたって、『公共の福祉に反しない限りの信教の自由』といういい方」ではないか<sup>179)</sup>、ということである。そして、突き「詰めて考えてみると、何が『他人を害する』行為なのかは決して明らかではない」<sup>180)</sup>。「服装や髪形などは、全く他人に関係ないことであると考えられるが、それでも、奇怪な服装やボサボサの髪形は、他人に不快感を与える」ならば、「害 (harm) と不快感 (offence) とを分ける」ことの難しさ<sup>181)</sup>は残ろう。「伝統的に認められている表現の自由も、他の権利や自由と衝突する」だけのこと<sup>182)</sup>である。こういった限定説の難点は「何を犯罪行為と考えるか」などの点にあり、「立法者が『犯罪行為』と規定するものすべてを包括するのであれば、この限定は憲法上有意義な限定たり得ないし、また、刑法学という『自然犯』概念についても、その流動性・相対性が一般に指摘されている」ことからしても難しいほか、もし、「自己加害行為を本来『犯罪行為』として処罰の対象とすべきでない」と解しているのであれば、実質上は、「『(重大な)

他者加害行為を除く』という限定条件を付す見解と相違はない」<sup>183)</sup>。ならば、原始的な形の一般的自由権説を貫いた方が寧ろ理論的に明快であった。

藤井説でも、いかなる権利が憲法 13 条上の権利なのかは明快ではない。権利となるか否かは、同じ「散歩」であっても文脈によって決まる筈であるが、その場合がいつであるのかは、藤井の説明からは明らかではない。中曾説については、その中で、「個人の自律的決定（例、道徳的観点からの同性愛者の性的自由の規制）を阻害するような政府の介入」「が公共の福祉に適合するか否かを審査する」のは「裁判官の役割」である<sup>184)</sup>と述べるのであるが、何を持って国の過介入であると断定するのが不明であり、このままでは裁判所の判断が「違憲な政府の介入の排除という消極的なもの」<sup>185)</sup>に留まるかも不明である。更に中曾は、「近年の一般的自由権説は、13 条から法律の留保・比例原則を導出し、13 条を客観法として理解している」ことに好意的<sup>186)</sup>なのであるが、果たして、これで裁判所が憲法判断を行う基準として明快とは言えず、平等権における「合理性」の基準同様の問題を残していよう<sup>187)</sup>。憲法判断の枠組みが、人権の重要性等ではなく、規制する側の論理に陥る危険もある<sup>188)</sup>。

結局のところ、憲法 13 条の保障範囲を最大限に広く考えることは無理であろうが、それをやや制限する際、その根拠を挙げることに学説は総じて難渋しており、その説得的な説明を発見できるかが、修正された一般的自由権説の成否を大きく左右することになろう。

### 3 憲法 13 条の保障範囲を限定的に理解する見解

これに対して、憲法 13 条の保障する自由は、何をしてもよい、国家の邪魔立てを排除する広汎な自由だとする説明に違和感を持つ考え方が表れてきた。人権とはより限定的で崇高なものではないか、というわけである。

その嚆矢は種谷春洋である。種谷は、「人間価値の尊厳の原則」「は、基本権と『公共の福祉』との関係について、国家のとるべき根本態度を決定」し、両



者「の関係そのものを支配するものであって、前者とは対立しえない」<sup>189)</sup>、「個人人格の価値は、『公共の福祉』を根拠としても制約されない」<sup>190)</sup>と説く。「宮沢」俊義「が徹底を欠き、人格そのものを権利として公法上承認すべきことを明確には自覚していないことを問題と」していた<sup>191)</sup>と思われる種谷は、「生命・自由・幸福追求権に含まれる法益は多様であり、かつ人格的利益は発展的に形成されるから、これをあらかじめ、体系化することは困難である」<sup>192)</sup>としつつ、「人格的利益はその対象から、まず、身体的自由および精神の自由に分類される」とするが、日本国憲法は、「19 条は、内面的精神活動における一般法的性格を有するもの」で、「21 条も、表現活動の法益を包括的に保障したもの、と考えられる」ので、「精神的活動の自由に対し、一般法としての生命・自由・幸福追求権が補充的に適用される余地は少ない」<sup>193)</sup>として、人格核心説を提唱した。他方、「憲法 22 条は、その保障が典型的であり、たとえば、居住・移転の自由のごとく、むしろ、人格的活動との結合を強化するものが存するから、なお、憲法 13 条の補充的適用を考慮する余地がある」<sup>194)</sup>とし、「特別法である憲法 35 条を拡張的に適用」して私的生活の保護を認めようとした<sup>195)</sup>。そして、種谷は、賭博開帳の「ような一般的自由は、或る行為が特定の基本権に属するものとして、これを主張しえない場合に、憲法 13 条の保障は、当然、その包括的性格から、一般的性質を有する活動の自由について承認される」ほか、「当然、その包括的性格から、一般的性質を有する活動の自由についても承認される」<sup>196)</sup>とは言うものの、「他面、同条の権利は、いわゆる単純な反射的利益からは区別される必要があり」、「憲法上列举された自由権と同様の性質を有する、憲法上列举されない人格的利益に對してのみ、その保障が及ぶ、と解される」<sup>197)</sup>として、一般的自由権説のような広範な保障範囲を想定していない。ただ、喫煙の自由に関して、「一般的には、かかる自由は、反射的利益として、」「一般的自由」「に属すると解されようが、それに対する制約が、その強度性において、たとえば、主体の人格的利益に対する侵害を結果する如き程度に達するときには、本条による保障を受けうる場合を生ずる」<sup>198)</sup>



と述べており、その後の人格的自律権説ほど保障範囲を狭く考えていない。

佐藤幸治が種谷から「得た教示は」「格別のもの」だった<sup>199)</sup>と思われる。佐藤は、その理論を発展・展開させ、「管理化国家的状況を示している」「アンビヴァレントな国家状況に対応しようと」、「自律を基礎とする人権論」を立ち上げ<sup>200)</sup>、特に「人の人生設計全般にわたる包括的ないし設計的自律」「を基礎にすえて考えなければならない」<sup>201)</sup>と述べる。そして、「公権は『人格』概念と結びつきつつ、私権の場合と事情を異に」するのであり、「公権の担い手たる『人格』は、『個人の国家に対する関係についての、個人の資格』であり、一つの状態ないし地位であって、それ自体権利ではなく、国家行為により拡大したり縮減したりするもの」であり、「こうしたイェリネックの発想が実は日本国憲法下の人権論、13条論に影をおとしたのではないか」と言う<sup>202)</sup>。だが、日本の憲法学の「伝統学説は、イェリネックと違って、理論的に人格そのものに権利性を認めることの上に成り立って」いるのではなく、「中途半端なところにとどまっていた」と評し<sup>203)</sup>、「『個人の尊重』ないし『個人の尊厳』とは、人間はそれぞれがもつ共通不変の人格性のゆえに尊厳なる存在であるが、その人間は抽象化された存在ではなく、精神と身体との不可分の結合の中に、ときに『苦しみや挫折感』をもちつつ<sup>204)</sup>、現実の社会状況の下で自発的に生きようとする具体的人間を大事にしようとする趣旨のもの」だと言う<sup>205)</sup>。佐藤が「『人格』という用語にこだわる」のは、「『卓越主義』と『価値多元論』とを結合しようという立場」に「惹かれる」ためであるらしい<sup>206)</sup>。そして、「ここに『卓越主義』とは、人々が well-being の基礎である自律を獲得するために必要な、複数の選択肢に満たされた社会形態の整備を、国家に求める立場である」とする<sup>207)</sup>。そして、「人間を人格的自律性 (personal autonomy) をもった存在と考えなければならない、という前提から出発」する<sup>208)</sup>。「『人格的自律権』について、これを狭く捉えれば、専ら外部 (国家やその他の組織あるいは個人) からの独立ということになる」だろうが、「自律は、社会的文脈の中で、現実 に即して、もう少し広く、自己支配ないし自己決定といったより積極的なものとして捉える

必要がある」と言う<sup>209)</sup>。「『基幹的人格の自律権』は各種人権を生み出す母体のごときのものである」とも言う<sup>210)</sup>。「自律は、社会的文脈の中で、「自己支配ないし自己決定といったより積極的なものとして捉える必要があり」、「理性的な思考と行為をなすことができ、それにふさわしい生の環境、特に人生の色々な段階で十分な選択肢をもつことができることが必要である」、「いかに生きべきかについての各人の判断を尊重するためには一定の共通の社会的ベースが必要と解される」「が、そのような共通のベースを作るためには『理性』の一定の役割を認めぬわけには行かない」、「自律とは、要するに、人が他者の意思に服することなく、“自己の生の作者である”ということであり、そのためには、人にとって社会的に多様な選択が開かれていることが必要」だと述べるのである<sup>211)</sup>。「このように自律が人間にとってかけがえのないものであるという意味で、人格的自律の存在であることを『権利』とみて、これを『人格的自律権』（「自己決定権」）と呼ぶことにしたい」というのである<sup>212)</sup>。

佐藤は遂に、「人格的自律権」と「自己決定権」は互換的に用いると宣言する<sup>213)</sup>。そして、「人格的自律権は確かに抽象的・一般的であり、諸々の人権の派生してくる大本となる権利という臆面をもつと同時に、諸々の人権と並ぶ個別特定の権利としての側面をもつと考えてい」とする<sup>214)</sup>。そうして、「そのような自律権の内実として、①人格価値そのものにまつわる権利（例、名誉権・プライバシーの権利）、②人格的自律権（「自己決定権」）、③適正な手続的処遇を受ける権利、④参政権的権利、を考え」とするのである<sup>215)</sup>。このうち、②を「最狭義の自律権」とも呼び、「④『自己の生命・身体の処分にかかわる事柄』、⑤『家族の形成・維持にかかわる事柄』、⑥『リプロダクションにかかわる事柄』、⑦『その他の事柄』」があるとする<sup>216)</sup>。これに対し、「その他の事柄」は「人格的自律にとって周辺部に位置するもので」あって、「喫煙・飲酒行為が端的に人権の行使かといわれると、正面からこれを肯定することは難しく、ただ、「こうした事柄について公権力が意のままに規制してよいというものでは決して」なく、「こうした事柄にも、人格的自律を全うさせるために手段的に

一定の憲法上の保護を及ぼす必要がある場合がある」と述べる<sup>217)</sup>。このような佐藤の「捉え方は、種谷春洋の業績に負うところが大き」く<sup>218)</sup>、「体系の自己完結性を強く指向」している<sup>219)</sup>とも評されるところであるが、他方で、「少数者集団に対する差別的行為や差別的表現の問題」に見られるように「『自己決定権』のために、人間に集団性に対する一定の配慮や社会的・制度的諸条件ないし諸前提を考えなければならず、「『自己決定権』と集団・結社との関係は微妙複雑であり、「集団・結社抜きに『自己決定権』を考えるのは非現実的」だ<sup>220)</sup>、「憲法典を実際に鼎立した世代の国民、現在の国民、さらに将来の国民を包摂する『国民』として、各人の自律的生を可能ならしめる“物語” (narrative) を共有し、憲法典はその“物語”を成文の形で表現したものである」<sup>221)</sup>と述べるなど、個人の真っ直ぐな自律を必ずしも貫けぬ思いも吐露している<sup>222)</sup>。

次に、自らを「自己統合希求的利益説」と称する<sup>223)</sup>竹中勲は、「具体的人間像の内実は『自己人生創造希求的個人像』であると」する<sup>224)</sup>。竹中は、「基本的アプローチとしては、『自己決定権』を人権・基本的人権であるとする以上、その定義に際しては、〈各個人が人間として生きていく上において重要なもの〉を内実とするような権利の定義の仕方が追求されるべきである」とし、「『個人的事柄』のうち〈各個人が人間らしく生きていく上で重要なもの〉がいかなるものであるかは、「歴史・伝統に根ざした自由の要件」によって決まるとする<sup>225)</sup>。そして、その保障範囲は、「他者による干渉が許されない『私的生活領域』とされてきたものにどの程度において近接したものかという要素」と、「各個人が自己の人生に対して支配可能性を及ぼそうとする場合、また試行錯誤を通して自己の人生を作り上げようとし自己とは何かを確認しようとする場合、各個人としてどこまで〈ゆずれないもの〉ととらえられうるかという要素」を考慮して判定することになる」とする<sup>226)</sup>。そして、「基本的には『人格的利益説』にたつ立場から、かつ、「『家族の形成・維持にかかわる事柄』は基本的には憲法24条によって根拠づけ、13条を根拠とする自己決定権から除外し、「生命・身体のあり方についての自己決定権」、「親密な交わり・人的結

合の自己決定権」<sup>227)</sup>、「個人的な生活様式の自己決定権」を「念頭におくとしたのである<sup>228)</sup>。なお、竹中は、「なお『人格的自律』・『人格的生存』等の用語の使用をさしあたり留保しその明確化に向けての検討・確認作業の途上にある」<sup>229)</sup>と述べるに留まる。ただ、その示唆するところでは、典型的な人格的自律権説が、近代立憲主義を前提に、「精神的にも身体的にも経済的にも自律自律(立)した『完全な個人像』」を念頭に置くのに対し、社会国家憲法である日本国憲法下でのそれは、「各人のおかれた具体的生活状況に留意しつつ、個人・人間をより個別具体的にとらえていこうとする立場に立つ」、「いわゆる『具体的人間像』を念頭においていると解することができる」<sup>230)</sup>点に竹中説の特徴があるように読める<sup>231)</sup>。大別すれば、人格的自律権説側に入る。

土井真一は、佐藤説が「人格」概念を用いることへの様々な批判に対し、「ある存在を『物』ではなく『人格』を有する『人』であると承認すると言うことは、その存在は、専ら他の『人』の利益のための使用・収益・処分される対象ではないことを意味して」おり、「自らのうちに固有の目的を有する存在として、それに相応しい処遇を求めることのできる資格を『道徳的人格』とし、その求められる処遇の具体的内容を個々の基本的人権であると捉えることは、やはり重要な意義が認められる」とする<sup>232)</sup>。また、「道徳」という語を用いることについても、「電車の中で老人に席を譲ること」を例に、「道徳的義務の水準と法的義務の水準を一致され、法的規律を受けない領域での選択は、すべて主観的選好の問題に過ぎない」ことにはならず、「法的自由が認められている範囲内において、なお道徳義務が存在していること、そしてその実現は法的強制ではなく、道徳的『自律』の問題であることを前提としている」のだと述べている<sup>233)</sup>。無論、人格的自律権説に立つとしか思えない主張である。

このほか、市川正人も「憲法は、人間の人格的自律(道徳的自律)の側面を自由として保障し発展させることによってこそ、各人の欲望、情念のむき出しの衝突が避けられ、」結果、「各人の情念、欲望に基づく行動も自由になされうる、という立場をとっている」とし<sup>234)</sup>、長岡徹も「些末な行為や欲望の所産にす

ぎない行為の自由まで基本的人権と考えることには賛同できない」として、「人格的自律権説に立つべき」だとしており<sup>235)</sup>、木下智史もそれが「ひとまず妥当」だとする<sup>236)</sup>。榎原猛も、「幸福追求権がカバーする法益の範囲は、形式的には」「およそ個人の人格的生存にかかわる一切の利益に及ぶ」とし、その「援用の余地は、それほど多くはない」<sup>237)</sup>と述べ、そこに含まれるものとして人格権、環境権、名誉権、プライバシー権を説明し<sup>238)</sup>、ライフスタイルの権利のようなものは説明していないため、人格的自律権説の亜種と考えられる。

長く「通説」の代名詞であった芦部信喜は、その立場を明らかにしてこなかった<sup>239)</sup>が、晩年になって人格核心説の旗色を鮮明にし、「個人の人格的生存に不可欠な利益を内容とする権利の総体」<sup>240)</sup>とする。巻美矢紀は、「人格的利益説」と「一般的行為自由説」の利点欠点を列記紹介した<sup>241)</sup>後、比較的唐突に「以上の考察から、人格的利益説が妥当」と結論付ける<sup>242)</sup>。「現実世界に生きる人間は、質的に異なる2つの利益、すなわち単なる偶然的欲求たる選好と、倫理的信念をもっており、これに対応して質的に異なる2つの選択、単なる偶然的欲求たる選好に基づく選択と、倫理的信念に基づく選択をする」として、「徹底した一般的自由権説は、現実世界に生きる人間を一面的にしか捉えていない」と断罪する<sup>243)</sup>。辻村みよ子も、「人権の歴史性と普遍性の根源をふまえ、人権の観念を質的に限定して国家や社会全体の利益にも対抗して保障されるべき『切り札』として捉えるならば、人格的利益説が妥当」だとする<sup>244)</sup>。

佐藤幸治が強く主張し、芦部もそれに賛同した形となったため、ときに、人格的自律権説を通説や多数説と表記することも垣間見られ、「強力に唱えられ、広く支持を集めている」との記述もある<sup>245)</sup>。しかし、芦部説の固定化は遅く、特に積極的な主張とも思えないほか、東大系はおろか東京周辺というスパンで見ても広がり欠け、実際、十分な根拠を示して明示的に支持する説は、佐藤幸治周辺限定でほぼ固まっている<sup>246)</sup>。1977年当時では有力説や多数説でもなく<sup>247)</sup>、1987年時点で自らを「最近、有力学説」<sup>248)</sup>と表記するに留まる。名称の微妙に異なる各説が「それぞれ独自の見解を持っている」こともあり、「通

説という一言では切れない」<sup>249)</sup>。寧ろ、現時点でも、一般的自由権説を、学説の数や学派的散らばりの点で多数説もしくは有力説と評してよい<sup>250)</sup>。

現在、人格的自律権説と一般的自由権説の機能的な違いは、「喫煙、植物栽培、ペット飼育、バイク乗りなどの自由」<sup>251)</sup>のような、ライフスタイルに関する自己決定権を広く認めるかにある。人格的自律権説は、当然の如く保障範囲が狭まる。そして、同説に対しては、端的に「人権保障の範囲が狭くなりすぎはしないか」との批判がある<sup>252)</sup>。一般的自由権説の側からは、「バイク乗車を規制する高校の校則は生徒の人権を規制するものでは」「ないことになるが、それでは、現実に生じている人権侵害に有効に対処できないことになりかねない」<sup>253)</sup>などの疑問が提示される。公立中学生に対する自転車通学の禁止や制服の強制<sup>254)</sup>、体操着や水着の指定<sup>255)</sup>、より広く「国民服」的なものの指定、髪形の限定などが憲法違反の恐れはないかにつき、どのような判断基準と枠組みを提示して、どのような場合にどのような憲法判断を下すのか、それともまさかの不問なのか不明である。「正当な理由もなく『要らぬお節介』で禁止するのは「当該個人が自立した人格的存在であることの否認を意味する」から、そのまま『自己決定権』の侵害の問題」である<sup>256)</sup>筈ではあるが。

そう考えるとやはり、人格的自律権説には、「何をもって人格的生存に不可欠な利益とするかが必ずしも明確でなく、何故「人格的生存に不可欠な権利に限定するのか」という問題がある」ろう<sup>257)</sup>。もし、「高度の倫理道徳的な水準における人間の活動を内容とするもの」であると理解すれば、「ある種の精神活動を取り上げて保障する特別な理由が示されなければならないが、それはおそらく困難であろうし、またそのような特殊な権利内容は、すでに思想および良心の自由 (19 条) または信教の自由 (20 条) 等に包含されていると考えられる」<sup>258)</sup>。また、しばしば、人格的自律権説の中には、「人格的生存に不可欠な権利でない」とされる自由についても、場合によっては憲法上の保護を与えることができる」とする説があるが、この「ことをどのような形で論理化するかよく分からない」<sup>259)</sup>、「自己決定権に含まれない権利についても保護が及ぶ



とする根拠が不明確ではないか」との批判<sup>260)</sup>もある。芦部、佐藤とも、「基本的人権とは言えない行為に対する憲法的保護がどのようなものなのか、どのような根拠に基づくものか、あまり明らかにしていない」<sup>261)</sup>。例えば、芦部は、人格的利益に関わらない自由「を一部の人について制限ないし剥奪するには、もとより十分に実質的な合理的理由がなければならない」<sup>262)</sup>とするのであるが、ならば、一般的自由権で保障される広い行為を憲法上保護するのと同じに思える。同様の批判は、人格的利益説を支持しつつ、それに続けて無批判に「基本権とは別に一般的行為の自由を承認する意味がある」<sup>263)</sup>と述べる巻美矢紀にもダイレクトに浴びせられよう。巻は、「髪型の自由は、やはり『人格的生存に不可欠な利益』とはいえない」としながら、「個別的に『切り札』としての権利を侵害しているとして意見とされる場合がありえ」とし、「男子」生徒「の髪型を一律丸刈りとする公立中学校の校則」は、「髪型の決定の青少年にとっての意義を加味すると、憲法原則である『切り札』としての権利を侵害するものとして違法・違憲と解される」<sup>264)</sup>とするのであるが、一見して理論的明快さを欠き、何をもちて違憲の一線を超えるのかが解釈者の心情を抜きには説明されず、かつ、そうであれば、より広範な保障範囲を妥当とすればよかったのである。逆に、保障範囲を文字通り「人格」的な行為に限定するのだと言うのであれば、それは往々にして多数派の道徳感情を制約根拠とする「正面きつて」人権侵害となりかねない<sup>265)</sup>。

人格的自律が人権の基幹であるのであれば、各種人権カタログはこれと合致する筈であるが、日本国憲法は、全体主義政党に投票し、ポルノ小説を読み耽り、株取引に熱中することも取敢ず保障しているであろうことをどう説明するかも疑問である。更に、憲法制定時より高まった人権意識はプライバシー権や環境権を認めるに至り、様々な校則を問題にするようになった<sup>266)</sup>が、こういった少数者・弱者の主張や個性の主張を、優等生よろしく、或いは多数民主主義的決定を重視して、およそ人権ではない、統一美が大事であると言い続けられるのか<sup>267)</sup>にも疑念がある。同説に後に飛び付いた者ほど、その方向に振れる



傾向を帯びるであろうことを嚴重に指摘したい。そして、そういった行為も人格的自律の産物なのであると言うのだとすれば、「人格」概念の過拡張であり、最早これを「人格的自律」と言う必要はない。『自律』は『人間の尊厳』の一部を構成するものであり、個人の自律的な決定にとっては、個人がどのように自己の人格を発展させるかが第一義的に問題となる」のであるが、「人格の発展や自己実現にとって何が重要な関連を有するかの判断は、まさに個人に委ねるべきことがらとなるので、結局のところ、人間のあらゆる活動が憲法上の保障範囲に含まれることになる」<sup>268)</sup>のではないかという丸山敦裕の指摘が的確である。「有益な結果が生ずることが前もってわかっている場合だけに自己決定権(自由)を認めることは、自己決定権(自由)を軽んずることになる」のではあるまいか<sup>269)</sup>。逆に、人格的自律を一つの権利として保障範囲を狭く限定すれば、憲法 13 条の包括的人権性が維持できず、立法裁量を広汎に残す結果になるという矛盾を抱えるという難点もあろう<sup>270)</sup>。

そして、それでもなお、「人格」概念は必要であろうか。佐藤は、憲法 13 条の「個人の尊重」を「一人ひとり人間が人格的自律の存在として最大限尊重されなければならない」<sup>271)</sup>と説明するが、このうち「人格的自律の存在として」が必要だったか、ということである。土井も、「人格という名辞に固執はしない」としつつも、「自分自身が考え、他者と色々な形で交流を持ちながら、自らの人生を形成していくあり方を意味するものであるとするならば、人格概念は必要」であり、「個性ある対等なものとして相互に存在していく能力ということが人格という意味なのであれば、個性的な存在として存在を認められることが人格の承認である」<sup>272)</sup>と述べ、西洋人法哲学者・カトリック司祭のホセ・ヨンパルトによる「人間の平等と自由の根拠を『人格』に求めることによって、はじめて成功する」<sup>273)</sup>との立場に近い。しかし、「“自分のこと”の中には、人生に影響する大きなことから、その場限りの小さなことに至るまで、いろいろなものは入って」いるのであり<sup>274)</sup>、「当事者にとっての重要性は、その権利を裁判所が保護する必要性の高さを直接導くわけではない」<sup>275)</sup>のであり、一

見すると「愚行」と思える行為を自主的に選択することを排除することが憲法解釈としての「自律」なのか<sup>276)</sup>は、疑問である。人生において何が重要であるかは各自の選択によるべきであり、憲法が保護の序列を作るべきではないのではないか。ましてや、佐藤自身が、「そもそも『基本的人権』とは」「人間がただ人間であることにより誰でも当然に有する（『基本的人権』の普遍性・固有性）、侵してはならない権利（『基本的人権』の不可侵性）のことである」と説明する<sup>277)</sup>のであれば、「人格」概念があまりに多義的で、道徳性・客観性を見出す論者もそうでない者もいる<sup>278)</sup>中で、何よりもそれを倫理的な香りのする「人格」という語で説明する必要はなく、寧ろ誤解を招く恐れがある<sup>279)</sup>。佐藤にそのつもりがなくとも、それを受け継ぐ者たちにより、「特定の『人格』概念を軸に遂行する途は卓越主義へとつながっていく」<sup>280)</sup>懸念がある。無用かつ有害ではないか。また、憲法19条が思想良心の自由を保障する中、反合理的な利益でも尊重すべきであろう<sup>281)</sup>。人格的生存に関係ないものは人権として保護されるべきでないとするのであれば、表現の自由の中でも人格的生存にとって不可欠とは言えない表現は憲法上の権利から排除すべきことになろう<sup>282)</sup>。人格的自律に関わるものが特定の人権だとすれば、人権カタログと同列になりかねず、肝要な筈の憲法13条の「包括性」と「基幹性」<sup>283)</sup>は薄まろうし、逆に人格的自律の射程が人権カタログを包括するのであれば、権利の範囲を「人格」で限定する必要もない。他方、「人格」という語を避けたとき、「これに代わるいかなる要件により」「『独自性・特定性の要件』を満たしうるかが問題となる」<sup>284)</sup>とも言えよう。

強い個人<sup>285)</sup>の自律を強調する佐藤は、山田卓生による自己決定が未成年者等を排除していることを批判するが、自律を強調すれば、その主体から未成年者や無能力者などが抜け落ち、その批判はブーメランの如く自らもしくは、子どもの教育権を論ずる竹中<sup>286)</sup>に戻ってこないかという懸念もある。佐藤は「善き（良き）生ないし社会の形成発展」に対する強い関心を潜在させており<sup>287)</sup>、その想定している人間像は、あまりにも強い人間であり過ぎないか。

女性、子ども、高齢者、精神障害者、外国人など、具体的個人の固有性を捉え損なっているのではないか<sup>288)</sup>。幸福追求権が子どもに関して主張される事件は多い<sup>289)</sup>。人格的自律を強調すればするほど、『判断能力』が欠如している個人の『自己決定』の制約についてはいかなる憲法的評価がなされるべきかが問題となる<sup>290)</sup>。ため、人格的自律権説にとって、それがそのまま自縛の縄となる危険がある。そしてそのことから考えると、佐藤が憲法 13 条の「個人の尊重」を「一人ひとりの人間が人格的自律の存在として最大限尊重されなければならない」<sup>291)</sup>と説明するのであれば、「人格的自律の存在として」は不要にも思える。また、佐藤は、「固有情報」は「人間の精神・身体的基本的な情報」であり、「たとえば、遺伝子情報・医療情報、それから思想・信条にかかわる情報」である<sup>292)</sup>と述べているが、そうであれば、「生命、自由」の権利であるとか、精神的自由や身体的自由を手厚く保障する憲法構造から幸福追求権の中身を確定していけばよく、やはり「人格」概念に進む必要はない。佐藤には、「私立学校は、憲法論的には、憲法 13 条の幸福追求権の一内実たる『人格的自律権 (自己決定権)』を背景とする、21 条の『結社』の一つとみるべきもので、仮に私立学校を全く認めないということになれば、重大な憲法問題を惹起する」<sup>293)</sup>との主張があるが、これは寧ろ多元主義の主張であり、「私立学校」に政党や企業、サッカークラブや女子会を代入すれば解ることであるが、その主張は個々人の自由を尊重する内容であって、一般的自由権説の方を支えそうな内容である。「精神的存在として人間が自然的因果法則から独立した『意志自由』の主体である、自律的存在である、という合理主義哲学を基礎とし」過ぎ<sup>294)</sup>ではないかとの懸念もある。

佐藤説に対しては道徳主義的性格が濃いと批判があったようであり<sup>295)</sup>、土井が、佐藤説の「基礎づけ論は、基本的人権を保障する規範が、わが国において実定憲法として妥当する直接の根拠を問うものではない」、「実質的には、自然法論である」<sup>296)</sup>と述べているものの、そうであれば、実定憲法の解釈論としては弱いことを思わず吐露したようにも思える。道徳論が電車の中の老人

への座席譲りの次元で収まるかどうか、憲法論がそう読まれるか、時代は不透明である。政治的悪用が懸念される。そしてそもそも、道徳的権利から基本権が発生することを論証することが可能か、との疑念は晴れない<sup>297)</sup>。また、土井は、「佐藤」が「基本的人権の道徳的基礎づけ論への関心を深めた」理由について、「国民代表機関たる国会等との関係において、違憲審査の民主主義的正統性の問題を惹起しかねない」であろう<sup>298)</sup> ことなどを述べるのだが、基本的人権尊重主義を基幹とする個人主義は、民主主義を含む集団主義と対峙するのであり、日本国憲法の集団主義への警戒を解釈上語れば済むだけのこのようにも思える。加えて、佐藤説が一般行政手続の適正保障は憲法13条を根拠だとする<sup>299)</sup> 以上、実体的権利としては人格的自律に関係しない範囲までそうすることとは矛盾し、逆に、そこに限るのであれば、それ以外の局面の適正手続保障が消滅するという問題があろう<sup>300)</sup>。広義の司法過程<sup>301)</sup> に13条の保障範囲を限定しても、事態は変わるまい。

竹中説の論法に対しては、「多元的論証を承認する新しいパラダイムにおいては、質的限定の要件はむしろ開かれたものと理解した方がよい」のに、「主張されている論証と同列の論証を質的限定の要件に掲げることは、トートロジーか排除の論理につながる」<sup>302)</sup> との痛烈な批判がある。人格的自律権説側を当然の「正解」としてなされている解説だ、ということである。比較弱者の選択を重視する竹中にとっての人格的自律権側の居心地は、如何程か。

芦部説に対しては、一定の権利を当然に人間が所有することについての「積極的な理論的正当化」、「人権の基礎づけは行われておらず、既に『前提』にされている」点に批判がある<sup>303)</sup>。「芦部説における『人格的利益』は保障範囲の限定のために持ち出された観念」に過ぎない<sup>304)</sup> ということであろうか。巻末矢紀は、「一般的行為自由権説は、民主主義と司法審査ひいては立憲主義との緊張関係を十分に考慮しているとはいえない」と述べる<sup>305)</sup> が、人格的自律権説は、それ以上に個人主義的な自由の集団主義としての民主主義に対する優位を理解していないと反駁でき、そのまま民主主義と司法審査、延いては立憲主

義との緊張関係を十分に考慮しているとは言えないとのカウンターが跳ね返ってくる危険に無警戒に過ぎよう。

人格的自律権説に立つ土井真一は、「『生命に対する権利』が人の生物的生存それ自体を保障する権利である」<sup>306)</sup>として、これを絶対視する。竹中勲も、一般的自由権説では自殺の自由を肯定してしまうと批判する<sup>307)</sup>。不思議と、「人格的利益説に立つ論者で、自殺の自由を憲法上の自己決定権の一内容でありと明言するものはみあたらない」<sup>308)</sup>。そして、「明確な意思に基づき医師の援助を得て自らの(生物学的)生命を消滅させる自由」、「望まない医療を拒否する権利」などと「とらえられた場合、その憲法上の権利性に関する憲法解釈論において差異が生じうる」とされる<sup>309)</sup>が、積極的安楽死の決定を憲法上の権利と認める憲法学説も見られない<sup>310)</sup>。確かに、日本国憲法の人権条項の先頭は「生命」であり、憲法 25 条も生存権を保障しており、「生きる権利(生命権)の歴史は、思想的にも実定法的にも、非常に古い」と言え<sup>311)</sup>、土井と竹中の心情は解らないでもない。その心情を起点とすれば、自殺の自由を認める筈の純粹な一般的自由権説は窮地に追いやられ、殺人や強盗の自由を排除する修正された一般的自由権説ならば、他者加害と自己加害を同視できるのは何故かという説明困難さを抱えるため、これらへの一見有効な批判に見える。

だが、土井などの立場に対しては、土井自らが認めているように、「死の選択の自由なくしては、自らが自らの生の作者たり得ない」<sup>312)</sup>のではないか、との疑問が大きく立ち開かる。一般的自由権説に立ち、相当広い自由を人間は享受できるとの立場ならまだしも、人格的自律を語る以上、それが弱き人の発作的な自殺を助長することを避けるべきことは兎も角<sup>313)</sup>、全てを悟った老武士の覚悟の自死のような一点まで一切否定することは、「仏教的死生観(輪廻転生・物物流転の思想)」ではなく「キリスト教的死生観から免れることは難しく」<sup>314)</sup>、宗教中立的な日本国憲法解釈なのかという疑問が残るほか、「身体的あるいは精神的な死に直面した患者の最後の『生き方』の問題として」土井が「捉える」<sup>315)</sup>尊厳死とそれと紙一重の行為との区別は可能かという点も含め、そ

ここに「自律」があるのか、また、強い人間だけが「自律」的決定が許されるか人間観を国家的保護要の弱きものと修正せざるを得ないかとの矛盾に陥らないか、疑問である。西洋人であり法哲学者・カトリック司祭であるホセ・ヨンパルトが、「自殺」は「法律的に自由であるが、権利として認められていない」としながら、「正しく理解された（すなわち自殺または他殺行為ではない限り）『尊厳死』の場合は、当然『死ぬ権利』は認められる」と断言する<sup>316)</sup>のを見ると、その思いを強くする。末期患者の問題は安楽死から尊厳死に移行しており<sup>317)</sup>、身体的安楽から身体的状況に対する精神的尊厳に論点に移行すれば、純粋な精神的尊厳が尊重されることは理の当然であり<sup>318)</sup>、自殺との相対化も考えねばなるまい。そして、そのまま、自殺と挑戦・冒険の人生の相対化も考えねばなるまい。平穏に生きていけばよいのに敢えて命を縮める結果となる行為を、国は禁止できるのか。大概の「男らしい」行為は長期的な自殺の匂いがする。冬山登山の禁止はさて置くとしても、果たして、国は、落語に命を賭けた名人に最後の一席を中止させ、相撲部屋に入門して横綱を目指すことを命を縮めるとして禁止し、犯罪組織の潜入取材を差し止め、政府研究所が認定した寿命を縮める成分を含む美味しい食物を食べることを禁止できるものか。人生の意味、まさに「自律」に関わる問題である。自殺の権利はないと言った時点で、人格的自律権説は矛盾に陥るのではないか。自殺を概ね憲法上の権利でなくするには、純粋な一般的自由権説でも無理であろうから、常識的には、「人格」などの語を用いずに憲法13条の保障範囲を制限する手法によるしかなかろう。

土井は、「この現実に向かい合って生きているのは私ひとりなのではない」、「共同体の構成員が相互にその存在意義を承認し、自律的存在として『共に生きて行く』ことを求める」<sup>319)</sup>と語るのであるが、集団主義を排除して個人を尊重しようとする日本国憲法の解釈として、唐突感是否めない。また、生命の終焉に関する権利の否定の裏返しは、開始に関する決定権に関わる。一般に女性の妊娠中絶を権利として認めるかが問題であり、これを認めたくないがために憲法13条の保障範囲を狭めるか否定するという保守的な対応もありうる<sup>320)</sup>



が、それは女性特有の身体的自由におよそ無頓着であり、国民生命の国家管理に途を開く懸念も払拭できない。また、この立場では、生命体として異性に多く欲されて本能のままに子孫を残した者勝ちとなる筈であるが、何が「人格」的「自律」な人生なのか、不明にしてしまう恐れが大である。

憲法 13 条の保障範囲を限定しようとする立場として、人格核心説や人格的自律権説など以外の主張もある。松井茂記<sup>321)</sup>は、「二重の基準論の論拠として正当化されうるのは、民主主義プロセス論のみである」<sup>322)</sup>との立場から、憲法 13 条の権利内容についてもこの理論を当然に持ち込む。日本国憲法は、「少なくとも人間がどのような存在であるかについて異なった意見があることを前提にし、異なった意見をもつ個人が統治を行っていくためのプロセスを定めたものと理解した方がよい」<sup>323)</sup>とし、このため、「明文根拠を欠く基本的人権を 13 条から裁判所が創出し、国会の制定した法律をその基本的人権の侵害として問題としうるのは、本来憲法に明文で保障されている基本的人権と条文の上での十分な結びつきがある場合か、政治参加のプロセスに不可欠な権利である場合に限られる」<sup>324)</sup>とする。そして、そのような権利として考えられるのは、生命権、身体的自由、名誉権、プライバシーの権利、そして手続的デュー・プロセスの権利である」と言う<sup>325)</sup>。とはいえ、「日本国憲法の保障する基本的人権のすべてが」「プロセス的権利であるといえない」<sup>326)</sup>とするのであるが、「自己決定権として主張されているものの一部が 13 条の生命権・身体的自由、そして 24 条の下で保護されているのを除いては、裁判所がこのような権利を基本的人権と認めることは正当ではない」とする<sup>327)</sup>。そして、「環境を享有するという利益を個人の権利として捉えることは困難である」<sup>328)</sup>として環境権の主張に否定的であるほか、これよりも内容が茫漠たる平和的生存権についても「権利性を認めることは困難である」とする<sup>329)</sup>。残る自己決定権についても、「さまざまな自由を『自己決定権』という一つの基本的人権と捉えることそれ自体が困難である」<sup>330)</sup>とし、生命に関する自己決定権とか、憲法 24 条が保障したと思われるリプロダクションに関する自己決定権は別とす



れば、残るライフスタイルに関する自己決定権については「裁判所がこれを基本的な権利と認めること自体が適切ではない」<sup>331)</sup>とする。説明方法の違いは大きいですが、機能的には、人格的自律権説に近い保障範囲に落ち着いている。

松井説に対しては、「手続的基本権観に立つ論者が」「憲法が明文で」「保障している」という「形式的根拠を多用することは、自らの理論的基礎を掘り崩す危険を孕んでいる」<sup>332)</sup>、「基本権理論から価値問題を曖昧かつ不可解なものとして捨象しようとする点には、やはり無理がある」<sup>333)</sup>との批判があるほか、「15条は人権規定の最初の方に出てきていて、選挙権、政治参加を重視していると主張するのは『溺れる者は藁をも掴む』的な論理であって、15条の前には13条があり、そこでは典型的な個人主義である『個人の尊重』が表明されている」との批判<sup>334)</sup>もある。松井自身も、日本国憲法が非プロセス的権利を多く抱えることを認め、「基本的人権とは言えない行為についても、憲法的保護の可能性は残されている」と述べている<sup>335)</sup>。ならば、そもそも日本国憲法下の人権をプロセス的権利と基礎付けること自体に無理があった疑いもある。そして、松井が批判する「実体的価値の内容の根拠は多様であり得る」<sup>336)</sup>のであるから、例えば、芦部説ではない実体的権利構成を提示すればよかつただけなのかもしれない。松井は、多数派「憲法学が、すべての国民を、何か困ったことがあったときにドラえもん<sup>ママ</sup>に泣きつくことしかできない<sup>ママ</sup>ノビ太君として扱って」いる<sup>337)</sup>と例えて、プロセス法学の正しさを強調するのであるが、「主権者」(のび太)がドラえもんの道具では最終解決にならないことを週に2回程度学び、年に2回程度ほぼ「自然状態」で自主性を示せば十分であろう。

憲法13条の保障範囲を狭く解する説は、何を根拠に絞り込むのが問題であり、日本国憲法、特にその人権条項全体から突出したものでそれを行うことには違和感がある。いかにも13条論らしい、解釈者独自の価値観の表出に陥る危険がある。「人格」でよいのかはやはり問題である。もし、「人格」を用いて保障範囲を狭く絞るのであれば、まして、人権カタログとは別の論理で別の人権として理解するのであれば、包括的人権(基本権)性を傷付ける。人格的

自律権説はやや前のめりに過ぎると感じるのは、思い過ごしであろうか。

#### 4 憲法 13 条と司法審査基準

これまで、憲法 13 条について、一般的自由権説と人格的自律権説を軸に考察し、その主張と向けられた批判を検討してきた。両者には、具体的人間像を前提にするとしながら、どこまで個別具体的に捉えるのか<sup>338)</sup>、憲法 13 条前段の「個人の尊重」原理をどのように理解するか<sup>339)</sup>、そもそも、人権をどのように捉えるか、そして、自己決定権の定義の仕方と内容等をどうするか<sup>340)</sup>などの原理的な対立がある。一般的自由権説は、ドイツ基本法 2 条 1 項の「人格の自由な発展」に関する通説・判例に依拠しているのだが、そのようなドイツ直輸入の理解でよいかの問題であろう。逆に同条項を「西洋キリスト教文化観の意味での倫理的な人格発展に限定しようとする」のが、ドイツでは少数説である「人格核心説」である<sup>341)</sup>とすれば、総じて人格的自律権説には、基本的に西洋キリスト教文化観の下にはない日本でそれは妥当するか、或いは、それに頼るのは政教分離原則違反なのではないかななどの疑問もある。同様に、人格的自律権説に対しては、アメリカ産並行輸入だとの批判も可能である。

しかし、両説の思想・哲学的な違いは兎も角、機能的な差異は、思いの外小さい。一般的自由権説のうち多くは、今や絞り込みを図っており、人格的自律権説は、その周辺の規制も違憲となる場合があると述べるに至っている。そうになると、両者の違いは、「論理必然的な差異はほとんど存在しない」<sup>342)</sup>かどうかは兎も角、「実際上の違いはそれほど大きくはない」<sup>343)</sup>のであり、最早、区別は「両者の歩み寄りによって倒壊しつつある」<sup>344)</sup>のかもしれない。憲法で「列挙されていない権利をめぐる議論の力点は、保障範囲ではなく、その保障の具体的な在り方にシフトしている」<sup>345)</sup>との評価もある。つまりは、13 条の保障範囲を中間的なものに収めようとするのが、今では多くの学説が模索するところである。だが、憲法 13 条の幸福追求権を一般的自由権であるとしながら、

その一部について人格的自律を支えるなどとして、特に手厚い保護を与えるような説明は無理がある<sup>346)</sup>。逆に、憲法13条の保障範囲を制限する説のほぼ全てが人格的自律権説であったというのも、奇妙であった。他の根拠を持って保障範囲を絞る説が殆どなかったことは、振り返れば不思議な現象であったのである。その根拠や思想は探さねばならないであろう。

この中で、長谷部恭男は、憲法13「条前段の宣言する個人の自律を保障するための切り札としての人権もあれば、同条後段によって保障される一般的自由権の一要素にすぎない権利もある」<sup>347)</sup>と述べ、学説の対立を止揚する姿勢を示した。憲法13条前段に基づく切り札的人権となるかは、「自分の生き方を自ら構想し、それを生き抜こうとする個人のあり方を否定するような規制であるか否かにかかっている」<sup>348)</sup>と述べる一方、「切り札としての人権が問題とならない場合でも、公共の福祉に反して個人の行動の自由を規制する政府の行動は、憲法13条後段に反する」<sup>349)</sup>とも述べた。長谷部説の評価について、「一定の人間観を前面に押しだして、自由一般から決して制約することが許されない自由や権利を区別しようとする点では、佐藤説と親和的」だするものもあり<sup>350)</sup>、逆に、人格的利益説に分類されながら「一般的行為自由説との折衷」とする論評<sup>351)</sup>もあることに、その中間的性格がよく表れている。

もし、純粋な一般的自由権説も純粋な人格的自律権説も無理があるのだとすれば、憲法13条の解釈論として、どのような根拠でどのような保障範囲を妥当とすべきかを示すことが肝要であろう。人格的自律権説サイドの竹中勲は、『『人格的利益説』対『一般的自由権説』という図式ではなく、『限定説』対『無限定説』という図式で、問題状況を整理しておく必要』を提示した<sup>352)</sup>。一般的自由権説対人格的自律権説という図式の組換えの模索である。その図式からすると、芦部説や佐藤説、竹中説は勿論、藤井説や松井説のほか戸波説までが限定説に含められ、純粋な一般的自由権説のみが無限定説に分類されることのようにである<sup>353)</sup>。この分類では、現在の殆どの学説が限定説になるだけなのではないかとの疑問もないではない。竹中は、分類により極少数説に転落させた

無限定説、主に内野説を批判し、「殺人の自由」まで認めるのか、ということから展開する<sup>354)</sup>。そして、次に限定説の中の相対少数派を順次追い込んでいくという戦略なのかもしれない。しかし、限定の幅や思想には、やはり一般的自由権説由来の説と人格的自律権説寄りの説には乖離があり、小規模限定説と大規模限定説などの区分を行うことがフェアに思える。そして、憲法 13 条を「包括的人権 (基本権)」と呼び続けるのであれば、やはり、14 条以下の人権条項の解釈と調和的な結論を模索すべきである。狭義の人格的自律権説という途もないではないが、そうすると、人格的自律権は独立した一つの人権カタログとなる筈で、包括的人権 (基本権) 性は失われ、人権条項の冒頭で保障される意味が不明となる難点があろう。やはり、文字通りの人格的自律権説は、多くの批判があるように、日本国憲法の体系的解釈の障害ではなかるうか。

土井真一は、憲法が人権カタログとして「例示として掲げたものは、制定当時において基本的人権の基本的な構成要素と考えられたものなのであるから、包括的な基本的人権条項を解釈する場合であっても最も有力な基準となるものであると解すべき」だ<sup>355)</sup>と述べ、長岡徹も「幸福追求権が明文で保障された個別の権利を包摂する権利であるならば、個別的人権と同等の質と内容を有している必要がある」と主張している<sup>356)</sup>。だが、これに対して、松井茂記は、「人格的自律権説にたった場合、そもそも自己決定権は、人格的自律に不可欠な権利でなければならず、にも拘らず、「人格の核に関わるものと周辺のなものがありうるというのは不可解で」と批判する<sup>357)</sup>。人格的自律と言いながら、周辺に憲法的保護を及ぼすのは往生際が悪いということであろう。人権カタログを包摂するものが憲法 13 条の人権保障の範囲であり、人格的自律権の予定している範囲はこの主張を文字通りに取れば狭過ぎ、もし、周辺に憲法保障を及ぼしたいのであれば、人格的自律や人格的利益によって限定しない方が憲法の人権条項全体の構造に適合的で円滑な説明に感じる。また、「具体的な事情によっては、銃所持の制限が人格価値を侵害する場合もありうる」<sup>358)</sup> ため、13 条の保障範囲を当然に狭い範囲に限定することでは、人格的自律による説明を

も困難にしまいか、疑念もある。松井説のように、別の原理から憲法13条の保障範囲を狭く限定し、ライフスタイルの自己決定権をほぼ認めず、髪形についても、「差別がある場合は、それは14条違反」と考えればよいとし<sup>359)</sup>、非政治的のプロセスだが個人の自己実現、延いては「個人として尊重される」ために重要な選択を憲法上保護せず、生来の偶然による差別と認定される場合のみ厳格審査で保護しようとするのも、本末転倒に思える。男女共国民全員五分割りの政府命令を誰も憲法上争えないことには疑問を感じざるを得ない。同様に、13条で抱えきれないものを、例えば21条の保障範囲とすると、「表現」として雑多な自由を抱え込むことになり、その優越性を維持できない<sup>360)</sup>。13条を狭く解し、厳格審査基準で徹底すればよいというほど、事は単純ではない。

一般的自由権説に立つ戸波江二は、まず、人格的自律権説について、それが妥当であれば、「その権利の制限の合憲性には厳格な審査が要求されるはずである。しかし、実際には、たとえば髪形の自由の制限について厳格な審査を要しないとされ、プライバシー情報によっても厳格な審査を要しないとされるなど、論理は一貫していない」<sup>361)</sup>と批判する。「憲法訴訟の場面では具体的にどのような解釈論として展開されることになるのかについてさらなる説明が求められる」のである<sup>362)</sup>が、これまでのところ、「人格的自律権説でも、一般的自由権説でも、自己決定権の制約に、基本的にやむにやまれぬ政府利益の基準という厳格な基準の適用が想定されているが、なぜそのような厳格な基準が適用されるべきなのか、十分に説明されているようには思われな」かった<sup>363)</sup>。憲法13条の範囲を重要な人権に絞るのであれば、司法審査基準は厳格審査にすべきであろう<sup>364)</sup>。法律学において、「広い保障は薄い保障、手厚い保障は狭い保障」というのが大原則である。戸波は、佐藤幸治を念頭に、「たとえばプライバシー権の中で厳格審査の場合と緩やかで良い場合を設定する」というのは、「人格的生存に不可欠の権利としながら、緩やかな審査で良い場合を認めるのは矛盾している」と批判する<sup>365)</sup>。そして、「人格的領域にかかわらない行為については、相対的に弱い保障を認め、ゆるやかな審査基準を適用すれ

ばよい」と戸波が述べている<sup>366)</sup>ことも、その限りでは概ね適切である。人格核心説の種谷春洋も、「肖像権」を認めたならば、「消極作用に基づく『公共の福祉』による制約は厳格な基準を考慮してのみ許される」<sup>367)</sup>と率直に述べており、これが原点であろう。

佐藤幸治は、周辺的なものにまで「一律に『やむにやまれぬ利益』が必要であると考えべきなのかどうか、なお検討を要する」としつつ、いわゆる丸刈り裁判については、この事案で「『やむにやまれぬ利益』まで要求される場合であるかどうか」疑問だと述べている<sup>368)</sup>。竹中勲は、「違憲審査基準としては、」  
「生命・身体のあり方についての自己決定権」、「親密な交わり・人的結合の自己決定権」、「個人的な生活様式の自己決定権」の「順で、厳格なものから緩やかなものが妥当するであろうと考えているが、個別具体的に検討せざるをえない」<sup>369)</sup>として、そうなる根拠については明確にせず、「厳格審査基準にいう『やむにやまれぬ政府利益 (compelling state interest)』とは何かおよびその類型いかん等、検討すべき点がないではない」<sup>370)</sup>とするに留めている。また、土井も、やはり、「明文で個別的に保障されている人権の中にも、合理性の審査を原則とするものが多く含まれていることに鑑みれば、補充的保障に際して厳格審査を前提とする必要は必ずしもなく、「したがって、『必要不可欠性』の要件は緩和」される<sup>371)</sup>と述べている。

もし、重大事項についてのみ自律的自己決定を憲法上の権利と認めるのであれば、自己決定権の「制約は、やむにやまれぬ場合にだけなされうる」<sup>372)</sup>のではないかとの疑問がある。そして、そうだとすれば、「自己決定権」と一括することはできず、幾つかの類型毎の区別が必要ということになり<sup>373)</sup>、憲法 13 条が保障する権利には包括的に言えない、保護の程度、司法審査基準も異なる幾つかの類型があるとする方が説得的であろう。その意味では、「『審査基準論』を援用する場合には、人格的利益説の方が整合性が高い」<sup>374)</sup>とする高橋和之も、「人格的利益説は具体的権利のレベルの対応した議論」であって「『新しい人権』は各々が個人人権として構成されねばならない」<sup>375)</sup>とすることか



らすれば、憲法13条から生成される権利でも、それにより司法審査基準が異なることを容認したと思われる。ならば、一律に高度の保障を予定する「人格」的「自律」という語を用いたのは、やはり勇み足ではなかったか。多くの人格的自律権説には、哲学と具体的な司法審査基準との不適合が目立つ。

芦部は、一定の自己決定権について、やや緩やかな司法審査基準を容認している<sup>376)</sup>。また、プライバシー権について、その司法審査基準に言及している。まず、一般論として、「だれが考えてもプライバシー情報と思われるものが侵害されたときは『やむにやまれぬ利益』基準、その他の一般にプライバシーに属すると思われる情報の侵害が争われたときには『厳格な合理性』の基準、を用いるのが妥当ではないか<sup>377)</sup>と述べる。そして、前科照会事件最高裁判決<sup>378)</sup>については、伊藤正己少数意見に賛成し、これが「正当にも『やむにやまれぬ利益』基準に当たる厳格基準を適用したのは、『前科及び犯罪歴』という誰が考えても高度にプライバシーだと思われる情報が、」「『漫然と弁護士会の照会に応じ』、みだりに公開されたからにはほかならない<sup>379)</sup>と評価した。これに対し、指紋押捺拒否事件東京高裁判決<sup>380)</sup>が、「それが正当な行政目的を達成するために必要かつ合理的である限り、憲法の許容するところ」とする緩やかな合理性の基準を用いているのは疑問であるとし、「この種のケースは『厳格な合理性』の基準(LRA基準)によって判断すべき」だとする<sup>381)</sup>。だが、中間審査基準をLRA基準と読み換えた点もさりながら<sup>382)</sup>、この分野では、厳格審査ではなく、中間審査基準が妥当だとする根拠が希薄である。『『人格的生存に不可欠』な権利の規制の合理性は厳格な審査によるべきことになるはずである<sup>383)</sup>。芦部は同じく、いわゆる丸刈り裁判<sup>384)</sup>について、髪型「に対する規制が当然に『やむにやまれぬ利益』基準という厳格な審査基準によって判定されなければならない、という趣旨でもない。一定の規律の存在が予定されている学校という社会においては、重要な教育目的があること、規制がそれと実質的な事実上の合理的関連性(アメリカのケリー判決の採った合理的関連性のテスト=「最小限度の合理性」基準と異なることに注意)があること、の論証がなされるかぎり、

髪形の規制が認められる」<sup>385)</sup>としており、この場面でも中間審査基準を妥当としているように見受けられる。こうなると、芦部が本気で「人格」的「自律」権説を貫徹しようとしていたのかさえ疑わしいと思えるほど、柔軟である。寧ろ、芦部の前には「人格」より先に司法審査基準があり、何らかの基準により仕分けがされていたと解すべきではなかろうか。

プロセス的権利観に立つ松井茂記は、政治参加権については「厳格な合憲性判断基準を適用して、制約の合憲性を審査すべき」だと主張する<sup>386)</sup>。このため、生命権、身体の自由、名誉権、プライバシーの権利、手続的デュー・プロセスの権利については厳格審査が及ぶことを示唆する。非プロセス的権利については、「立法府の判断を信頼できないという原理的な理由は存在しない」ので、「司法府は基本的に立法府の判断を尊重し、合憲性を推定して、緩やかな合憲性判断基準を適用して合憲性を判断すれば足りる」<sup>387)</sup>としており、上記以外の自己決定権があったとしても、緩やかな合理性の基準で審査されるべきことを示唆している。幸福追求権は司法審査基準で分別可能である。

逆に、一般的自由権説を採るのであれば、これだけ広範で多様な内容を抱え込む以上、本来、司法審査基準は緩やかな合理性の基準とならざるを得ない筈である<sup>388)</sup>。純粋な一般的自由権説は、ドイツでは明文の規定が基本法 93 条 1 項にあり、憲法訴訟の根拠となるかもしれないが、日本の付随的違憲審査制の下でも同じ有用性があるかも、比較憲法学的な慎重な検討が必要である<sup>389)</sup>。純粋な一般的自由権説が、広汎な保護範囲について絶対的保障を主張することはあり得ない<sup>390)</sup>。結果、同説に従えば、経験的にかなり重要な人権であるとしても、司法審査基準としては合理性の基準程度しか及ばないこととなり、手厚い保障を与えられず、わざわざ 13 条の保護範囲を広げながら、実効的な司法的保障は殆ど得られない危険があろう。より核心的領域にはより厳格な司法審査基準が適用するでもないのか、との疑問もある。しかも、一般的自由権説が「核心的領域」を語るのは矛盾であり、純粋な一般的自由権説が手厚い保障を求めるのは無い物強請りに等しいものであろう。

だが、最も純粋な一般的自由権説に立つ、内野正幸が、「13条のカバーする人権のうち重要性の高いものについては、制限は慎重でなければならないが、重要性のより低いものについてはかなりの制限が許される」<sup>391)</sup>と述べているのは、同じ13条の保障範囲であっても、司法審査基準が異なる場合があることを示唆している。戸波江二も、「個人の人格とか自律に結びついているものには、厳格な審査が要求される」、「それは二重の基準論の根拠として、人格との結び付きということが重視されることを睨んでのことであり」、「他方、人格的なものと関わらないものであれば、緩やかな審査で良いという形で二重に分けていくことが適切」だと述べている<sup>392)</sup>。「一般的自由は、自由に対する介入の強度について判断する際には、『人間人格の尊厳』により補完される必要がある」<sup>393)</sup>として、そこで複数の司法審査基準を設定するとすると、一体いかなる基準でそういった線引きをしているのか、一部についてのみ「人間の尊厳」に関わるか「人格的自律」に関わると主張し出せば、人格的自律権説を批判してきた一般的自由権説の自己矛盾ではなからうか<sup>394)</sup>。人間の対国家的自由こそ肝要だと述べながら、自由の中に保護の格差を設けることは矛盾ではないか、何を根拠に区分できるのかななども、疑問である。憲法13条の保障範囲の議論を曖昧にしたまま、「重要度に相応した」「3段階」がある<sup>395)</sup>というような主張にも、論理の飛躍を感じざる。戸波説は、「保護領域については阪本説と同じだけれども、違憲審査基準のところで通説に接近」し、「人格的利益については比較的厳格な審査という」「中間的な感じ」<sup>396)</sup>を示しており、芦部説や佐藤説と「結論的には似てくる」<sup>397)</sup>こととなった。そうすると、例えば、公共の場での喫煙を全面的に禁止する条例について、人格的自律権説の多くも憲法の保障範囲外の合理的な規制だと認めるし、一般的自由権説でも緩やかな司法審査基準となるため、「どちらの説にたっても、目的の正当性および手段の適切性が(緩やかに)審査され、結論は合憲となろう」<sup>398)</sup>から、両説の実質的な差はなくなったのである。

両説が共通して欲するところを考えると、憲法13条の保障範囲については、

「明文規定のある」人権カタログ「を比較参照しながら、先例や」人権規定「全体との整合性に配慮して、一つひとつ検討して明らかにするほかな」<sup>399)</sup>、「列挙された自由権を手がかりに幸福追求権の意味内容を詰めてゆく」<sup>400)</sup>べきなのではなかろうか。この結果、「幸福追求権は、互いに異質でありながら等しく重要な列挙された自由権のカタログを手がかりに、それらのいわば元素表の書き足しとして解釈されることになる」のであり、「同様の制度的機能をはたしうる『新しい人権』だけが幸福追求権に読み込まれることになる」<sup>401)</sup>であろう。棟居快行は、憲法「13条の本来の趣旨は、『生命』は絶対的価値、『自由』は自生的社会システムの保護とシステム内での自己決定の保障、『幸福追求』は社会システム外の事柄についての不定形の自己決定の保護、というものであったのではないか」と問題を投げ掛けている<sup>402)</sup>。藤井樹也も、「さまざまな利益の性質に応じて」司法「審査基準に段階をもうける必要がある」と述べているが<sup>403)</sup>、この方向性を探るべきではあるまいか。憲法 13 条も人権規定の中にあり、その核たる条項である以上、人権規定全体との均衡を欠く解釈はあり得ない。それよりも広い「一般的」な自由を同条から引き出すことも認め難い。このような思考を経て、正当防衛のような自己の生命権の行使のための殺人などは兎も角、通常殺人や強盗、それに精神的弱さの表れとしての自殺の自由(?)は人権として認められないであろう。飲酒や喫煙、麻薬、賭博、売買春などの自堕落な行為は、およそ人権の中に含めなくてよく、規制は通常、立法政策の問題であろう。刑罰を課せるかについては、それが他者加害であり、可罰的かつ罪刑の均衡を保っているかなど、寧ろ憲法 31 条の問題となろう。それ以外については、人権条項全体の解釈を反映させ、司法審査基準に段階を備えることで、憲法 13 条の保障範囲を確定していくことは可能なのではないか<sup>404)</sup>。そして、その段階とは、原則として 2 つ、厳格審査と合理性の基準の筈である。例えば、生命権については、絶対不可侵とまでは断言できないものの、厳格な審査が必要であることは明らかであろう<sup>405)</sup>し、精神的な人権と認定した憲法 13 条上の人権についても厳格審査を及ぼすと考えればよい。名誉権はその典

型であるし、多くの場面でのプライバシー権も多分にそう言えよう。非刑事領域の身体的自由に属するものも、多分にそうなることになるのかもしれない。逆に、憲法13条の保障範囲に経済的自由に相当するものを抱え込んでも、そこには「内在的制約のほか政策的制約も可能」<sup>406)</sup>であることになり、それには、内在的制約か政策的制約かに拘らず、合理性の基準が妥当するようと思われる<sup>407)</sup>。それと共に、「公共の福祉」に関する議論も二元説は敗れ、内在的規制一元論によるべきこととなろう。そして、人の行為のうち、憲法13条の周辺部の権利と思しきものについては、一般条項として画定は難しいのはやむなく、かつ、権利としても、合理性の基準の下、司法的保護が認められる事案は稀有であって、過度な観念的・哲学的論争は無用のように思える。

「生命・身体の自己決定権と言われているものには憲法13条の幸福追求権の問題とすることができるとあるものがあるし、リプロダクションに関わる自己決定権と家族の形成・維持に関する自己決定権と呼ばれているものには、憲法24条の権利と考えるべきである」<sup>408)</sup>。そして、「安楽死」について、「この権利を生命保護という国家利益のための制限するためには、その必要性や比例性、手段の適切さについて、二重の基準論という厳格な審査が必要である」との主張<sup>409)</sup>もあるが、国による生命剥奪に対する生命権の主張ではなく、国による生命保護に対する生命自己決定権の主張でもそうかという微妙さがある。この種のものは、生命を奪われない権利という意味での生命権とは異なり、ストレートに厳格審査の対象と言い切ることはできない。信念ある中絶や尊厳死の場合には、厳格審査の対象となる可能性があると言えようか。

新しい人権を憲法改正で盛り込む動きもある<sup>410)</sup>が、さすがに自堕落な行為や危険な行為を含める動きはなく、プライバシー権や名誉権などが提案されるのであろう。これらは厳格度の高い司法審査基準が既に予定されているとも思われ、その憲法への挿入によって司法審査基準が大きく変動するとは思えない。そこまで視野に入れてもなお、髪形や服装など、単なるライフスタイルの自由は、特段の信念や身体的拘束と結び付かないときには合理性の基準の下

で審査されるべきものであろう。冬山登山などの危険行為も同様と考えられよう。丸刈りや格闘技の強制もしくは全面禁止は、厳格審査の対象なのかもしれない。全員が丸刈りを体験し、その統一美が素晴らしい、全員丸刈りの環境にいることに意義があるという画一的な強制(全員丸刈りの環境を享受する自由?)は、日本国憲法の近代的な個人主義に反しよう。それは、選択的なものであれ夫婦別姓を一切認めない、「生産性」のない人の価値を認めない、全員で「君が代」斉唱しないと気が済まない、女医が増えると困る、障害者雇用の数はごまかせ、「体育会系」団体では先輩等が絶対だ、などという空気への疑問にも繋がろう。そして、こういった結論に至る適切な解釈論的理由付けが正当だということである。従来の二重の基準論を踏まえた説明を進めることが肝要であろう。

## おわりに

本稿の主張は、結局のところ、憲法の人権条項全体の趣旨から、憲法 13 条については小規模限定を妥当とし、同じくその趣旨から、生命権は勿論として、精神的・身体的権利に分類できるものについては、その規制に厳格審査を適用すべきであるとするものである。名誉権や、一定の信念に基づく髪形の自由などの侵害は、その審査に服してよいのではなかろうか。逆に、経済的権利に属するような行為や、それらにも属しない、独自の人生を満喫したいような自由については、13 条の保障範囲だとしても、合理性の基準しか及ぼさずによいと思われる。権利の外延は不鮮明となろうが、その部分で司法的救済が認められる場合は場合は殆ど考えられず、大きな問題はないであろう。そして、14 条以下の条項の類推が及ばないような通常の殺人や強盗などについては、このようなプロセスを経て、憲法の保障外としてよい。誤解を恐れずに言えば、芦部説から「人格的自律権説」という称号を奪い、文字通りの「二重」の基準に従って内容を整理すればよい、ということであろうか。

20 世紀後半に、自由権から社会権へ、というスローガンがしばしば語られた



が、憲法 13 条論を経ても、その先にあるべきは新たな自由権の構築なのだと感じられる。絶対王政に対抗する思いが所有権の絶対や参政権、形式的平等の欲求を生み、それが貧富の差の拡大を経て国家による救済や普通選挙の求めに変化したとすれば、大衆民主主義と高度科学技術の発展の果てにあるものは、多元的な代表原理を含む少数者の人権や個々人の個性の保護なのではないか。これを、多くの憲法学説は、21 世紀の人権、人権の国際化、人格権や情報プライバシー権などと称してきたのである。人権保障を民主主義よりも優先させ、人権についても政治参加の権利こそ手厚く保障すべきとの主張<sup>411)</sup>もあるが、大衆民主主義の時代、ましてや集団主義に傾きがちな日本でそれを主張することは危険であり、寧ろ、民主主義の時代だからこそ各種人権の保障、個人主義をよく考えるべきであると主張したいものである。憲法 14 条 1 項後段列挙事由の差別、生来の事由による差別が厳格審査の対象であるとするのは、こういった近代の原点である自由と平等の再認識だとも捉えられよう。

「憲法学の側では、自己決定権をいったん政治的文脈から切り離し、その理論的内容を今一度、詰めて考察する必要がある」<sup>412)</sup>。人権全体の、司法審査基準を考えた上での結論のピースが本稿の結論とも言えようか。憲法 21 条論には解釈者の論理的聡明さが、憲法 14 条論には近代人としてのフェアの精神が、そして、憲法 13 条論には生の人間性がよく表れるような気がする<sup>413)</sup>。憲法 13 条論は、司法審査基準論の補遺の完結に相応しいものである。

#### 文末脚注

- 1) 芦部信喜『憲法学Ⅱ』18 頁 (有斐閣、1994)。
- 2) 押久保倫夫「『個人の尊重』の意義—ドイツにおける『人間像』論を検討して」時岡弘古稀記念『人権と憲法裁判』33 頁、38 頁 (成文堂、1992)、ホセ・ヨンパルト=辻村みよ子「人間の尊厳と自己決定権」法律時報 69 卷 9 号 44 頁、45 頁 (1997) [ヨンパルト]、小竹聡「13 条論の 60 年—学説の展開と自己決定権の課題」法律時報 79 卷 8 号 58 頁、59 頁 (2007)。これに対し、(西) ドイツ基本法を素材に「人間の尊厳」を紹介したのは田口精一である。田口は、日本国憲法の「個人」の「尊重」は「人間の尊厳」と同義であるとの理解に寄

与した。江橋崇「立憲主義にとつての『個人』」ジュリスト 884 号 2 頁、6 頁 (1987)。田口精一「ボン基本法における人間の尊厳について」慶大法学研究 33 巻 12 号 167 頁 (1960)、同「ボン基本法における人格の自由な発展の権利について」同 36 巻 11 号 1 頁 (1963)、同「ボン基本法における基本権喪失条項の意義について」同 37 巻 9 号 1 頁 (1964)、同「人格の自由な発展の基本権と他人の権利」同 38 巻 6 号 72 頁 (1965) など参照。

- 3) 佐藤幸治『日本国憲法論』173 頁 (成文堂、2011)。
- 4) 駒村圭吾「人格的自律権構想を振り返る—憲法とその外部」公法研究 40 号 1 頁、20 頁 (2013)。
- 5) 松井茂記「自己決定権について (2・完)」阪大法学 45 巻 5 号 1 頁、59 頁 (1995)。
- 6) ホセ・ヨンパルト「日本国憲法解釈の問題としての『個人の尊重』と『人間の尊厳』(下)—尊属殺違憲判決をめぐる—」判例タイムズ 378 号 13 頁、14 頁 (1979)。
- 7) ヨンパルト=辻村前掲註 2) 論文 45 頁 [ヨンパルト]。
- 8) ホセ・ヨンパルト「日本国憲法解釈の問題としての『個人の尊重』と『人間の尊厳』(上)—尊属殺違憲判決をめぐる—」判例タイムズ 377 号 8 頁、10 頁 (1979)。
- 9) これについては、シュトル・ハンス (藤岡康宏訳)「最近のドイツの判例における人格権保護の諸問題」比較法学 30 巻 2 号 103 頁 (1997)、宮地基「人格の自由な発展の権利—その憲法裁判における機能について」明学大法学研究 74 号 49 頁 (2002)、木村和成「ドイツにおける人格権概念の形成 (1、2・完)—人格権概念に仮託された意味・機能に着目して」立命館法学 295 号 94 頁、296 号 175 頁 (2004)、上村都「ドイツにおける人格権の基本構造」岩手大学文化論叢 7=8 号 93 頁 (2009)、實原隆志「私生活における不可侵の核心領域の保護」長崎県立大研究紀要 13 号 29 頁 (2012) など参照。
- 10) 中村英樹「憲法上の自己決定権と憲法 13 条前段『個人の尊重』—自己決定権理論の再構成のための予備的考察」九大法学 76 号 151 頁、155-156 頁 (1998) 同旨か。
- 11) 森英樹「包括的基本権」芦部信喜編『憲法の基本問題』186 頁、188 頁 (有斐閣、1988)。
- 12) 阪本昌成『憲法理論Ⅱ』239 頁 (成文堂、1993)。ヨンパルト前掲註 6) 論文 18 頁同旨。
- 13) 佐藤前掲註 3) 書 179 頁。プライバシーの重要性を説明するのにも、「かくして、私的なものは何もない、国家の行動には何の限界もない」というフェイズムの哲学者ジョンバンニ・ジェンチャーレの言葉を反語的に引用する。同書 181 頁注 19。青柳幸一『人権・社会・国家』72 頁 (尚学社、2002) は「包括的イデオロギーからの自由」と表現する。
- 14) 美濃部達吉『日本国憲法原論』167 頁 (有斐閣、1948)。
- 15) 根森健「憲法上の人格権—個人の尊厳保障に占める人権としての意義と機能について」公法研究 58 号 66 頁、67 頁 (1996)。

- 16) 駒村前掲註4) 論文19頁。
- 17) 小嶋和司『憲法概説』170頁(良書普及会、1987)。戦前の軍部から公害をばら撒いた「エコノミック・アニマル」、連合赤軍からオウムなどまで、日本人(エリート)の目的不合理な集団暴走は修正されたか。スポーツ界でも、不合理な指導者やリーダーの指示の「付度」はなお続いている。振り返れば、学界でも、師匠の学説や先輩の教えが絶対であるかのような言質は絶滅していない。
- 18) 山崎将文「日本国憲法13条前段『個人の尊重』について」憲法研究32号71頁(2000)、同「子どもの性的自己決定権」同34号61頁(2002)、新庄勝美「『権利言説』再検討—『自己決定』概念の幻想をめぐって」同2頁、高乗正臣「自己決定権—学説の整理とその検討」同13頁[以下、高乗前掲註18) I論文、と引用]、同「自己決定権論の射程と限界」平成法政研究7巻2号49頁(2003)、奥村文男「自己決定権の批判的考察—判例の考察を通して」憲法研究34号27頁(2002)、野畑健太郎「患者の自己決定権をめぐって」同47頁など。「家族」における個人の貫徹困難性を説く、抱喜久雄「自己決定権と24条—『家族・リプロダクションに関する事柄』を中心として」国士館大政教研紀要26号23頁、36-37頁(2004)も参照。
- 19) 八木秀次「自己決定権と徹底した個人主義—夫婦別姓論の提起するもの(1)」早稲田政治公法研究48号243頁、258頁(1995)。同「同(2)」同49号151頁、179頁(1995)は、「『個人』としての生き方を重視していけば、その『痛み』を子どもが被る」と主張する。
- 20) 岡野八代「個人の尊厳が平和の原点—憲法13条と24条をめぐって」社会運動424号122頁、125頁(2016)。
- 21) 江橋前掲註2) 論文3頁。
- 22) 内野正幸「自己決定権と平等」岩波講座『現代の法14—自己決定と法』3頁、5頁(岩波書店、1998)。中村睦男「『新しい人権』と憲法13条の幸福追求権」杉原泰雄古稀記念『21世紀の立憲主義—現代憲法の歴史と課題』307頁、307-308頁(勁草書房、2000)によると、1975年の全国憲法研究会の統一テーマが「新しい人権」であったし、1970年の日本弁護士連合会主催の人権擁護大会において大阪弁護士会環境権研究会から「環境権」が提唱されたという。1978年の日本公法学会の個別報告である上田勝美「『新しい人権』の憲法的考察」公法研究40号105頁(1978)は、「生成過程」と表現していた。同論文109頁が述べているように、当時、「圧倒的に」「社会権的基本権の範疇に属するものが多い」と評されていた。関連して、松尾直「プライバシーの権利と情報」徳山大学論叢43号101頁(1995)も参照。
- 23) 中村前掲註21) 論文309頁。
- 24) 今世紀に至ってもそのような主張がある。高乗前掲註18) I論文16-18頁。

- 25) 作間忠雄「幸福追求権」ジュリスト 638 号 264 頁、265 頁 (1977)。
- 26) 美濃部前掲註 14) 書 166 頁。
- 27) 鈴木安蔵『憲法学原論』350 頁 (勁草書房、1956)。
- 28) 松井茂記「自己決定権」長谷部恭男編『リーディングズ現代の憲法』57 頁、62 頁 (日本評論社、1995) 参照。
- 29) 西村枝美「一般的行為の自由—それは何か」長谷部恭男編『人権論の再定位 3—一人権の射程』222 頁、224-225 頁 (法律文化社、2010) 参照。
- 30) 最大判昭和 25 年 11 年 22 日刑集 4 巻 11 号 2380 頁。本件評釈には、清水睦「判批」芦部信喜編『憲法判例百選』19 頁 (1963)、林幹人「判批」平野龍一=松尾浩也編『刑法判例百選Ⅱ』〔第 2 版〕192 頁 (1984)、種谷春洋「判批」芦部信喜=高橋和之編『憲法判例百選Ⅰ』〔第 2 版〕30 頁 (1988)、小山剛「判批」杉原泰雄=野中俊彦編『新判例マニュアル憲法Ⅰ』176 頁 (三省堂、2000)、佐藤幸治「判批」高橋和之ほか編『憲法判例百選Ⅰ』〔第 5 版〕40 頁 (2007)、青柳幸一「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅰ』〔第 6 版〕38 頁 (2013) などがある。
- 31) 中谷実「幸福追求権」阿部照哉=松井幸夫編『HAND BOOK 憲法』77 頁 (有信堂、1990)、巻美矢紀「自己決定権の論点—アメリカにおける議論を手がかりとして」レファレンス 664 号 77 頁、92 頁 (2006)。但し、巻が、プライバシー権は 1960 年代以降に「科学技術の進展に伴」って主張されたとするが、日本では、それ以前に、高度経済成長に伴う都市生活の一般化により、家族や勤務先にも知られたくない私人的生活空間が誕生したことが大きかろう。この頃までの学説の展開については、松本昌悦「新しい人権と幸福追求権 (1)」中京法学 18 巻 3 号 18 頁 (1984)、圓谷勝男「個人の尊厳と幸福追求権」東洋法学 35 巻 2 号 65 頁 (1992)、矢島基美「自己決定権—憲法学説にみる議論の現段階」上智大ソフィア 45 巻 1 号 121 頁 (1996)、中曾久雄「列挙されていない権利の再構成—憲法 13 条における権限アプローチの展開」阪大法学 60 巻 3 号 111 頁 (2010) [以下、中曾前掲註 31) I 論文、と引用]、同「一般的自由権説の歴史的展開—列挙されていない権利の淵源を探る (1)」愛媛法学会雑誌 44 巻 3=4 号 41 頁 (2017) なども参照。
- 32) 酒井吉栄「日本国憲法学十三条の思想的背景—とくに、幸福の追求について」ジュリスト 274 号 34 頁 (1963)。
- 33) 種谷春洋「幸福追求の権利の一史的考察—酒井吉栄教授『日本国憲法学十三条の思想的背景』の検討を中心として」ジュリスト 277 号 70 頁 (1963)。
- 34) 同上 72 頁。
- 35) 芦部信喜編『憲法Ⅱ』131 頁 (有斐閣、1978) [種谷春洋]。
- 36) 同上 133 頁 [種谷]。

- 37) 同上 134 頁 [種谷]。
- 38) 種谷春洋「『生命、自由および幸福追求』の権利(1)」岡山大学法経学会雑誌 14 卷 3 号 55 頁、65 頁 (1964)。
- 39) 芦部編前掲註 35) 書 135 頁 [種谷]。
- 40) 同上 135-136 頁 [種谷]。
- 41) 同上 136 頁 [種谷]。
- 42) 同上 138 頁 [種谷]。
- 43) 宮沢俊義『憲法Ⅱ』〔新版〕216 頁 (有斐閣、1971)。
- 44) 芦部前掲註 1) 書 344 頁。
- 45) 竹中勲「個人の自己決定とその限界」ジュリスト 1022 号 33 頁 (1993)。
- 46) これに対し、憲法 13 条前段に「個人として尊重される権利」としてこれを包括的人権と解する見解もある。抱喜久雄「非列挙基本的人権の保障根拠としての 13 条前段について—13 条後段を根拠とする学説の検討を中心として」関学大法と政治 27 卷 3=4 号 63 頁、100 頁 (1976)、同「憲法 13 条前段の法的性格について (I、II・完) —学説および判例にみる 13 条前段論」聖徳大研究紀要 18 号 27 頁 (1985)、19 号 17 頁 (1986) など。また、「生命」「自由」「幸福追求」の関係については、作間前掲註 25) 論文 264 頁のように、「権利の実体をなす『生命』や『自由』という観念と『幸福』というそれ自体権利の実体となりうるものを『追求する』行為—つまり手段—という観念は区別される」のであり、憲法「13 条には、生命権、自由権および幸福追求権 (狭義の幸福追求権) の 3 種の権利が掲げられている」との理解もあり、決着していない。
- 47) 土井真一「憲法解釈における憲法制定者意思の意義 (4・完) —幸福追求権解釈への予備的考察をかねて」法学論叢 131 卷 6 号 1 頁、21 頁 (1992)。
- 48) 齊藤寿「憲法上の自己決定権と私的価値—個人の自己決定の原理と枠組」公法理論 22 号 2 頁、16-17 頁 (1997) 参照。
- 49) 佐々木弘通「憲法上の『内心の自発性』論と『自己決定権』論」角松生史ほか編『現代国家と市民社会の構造転換と法—学際的アプローチ』179 頁、197 頁 (日本評論社、2010)。
- 50) 既に挙げたもののほか、最大判昭和 23 年 3 月 12 日刑集 3 卷 3 号 191 頁、最判昭和 23 年 10 月 21 日刑集 3 卷 11 号 1377 頁、最判昭和 23 年 12 月 27 日刑集 3 卷 14 号 1951 頁、横浜地判昭和 26 年 6 月 19 日高刑集 4 卷 13 号 1964 頁、東京高判昭和 26 年 9 月 26 日高刑集 4 卷 13 号 1807 頁など。第 1 の事件の評釈には、團藤重光=高田卓爾「判批」判例研究 2 卷 2 号 55 頁 (1948)、木村亀二「判批」法律のひろば 2 卷 1 号 24 頁 (1949)、荘子

邦雄「判批」芦部信喜編『憲法判例百選』97 頁 (1963)、同「判批」平野龍一＝松尾浩也編『刑法判例百選 I』〔第 2 版〕206 頁 (1984)、所和彦「判批」我妻栄編『判例百選』〔第 2 版〕160 頁 (1965)、中山勲「判批」阪大法学 61 号 1 頁 (1967)、神奈正義「判批」判例時報 546 号 3 頁 (1969)、阿部純二「判批」芦部信喜＝高橋和之編『憲法判例百選 I』〔第 2 版〕222 頁 (1988)、小林孝輔「判批」同編『判例教室 憲法』〔新版〕340 頁 (法学書院、1989)、根本博愛「判批」上田勝美編『ゼミナール憲法判例』〔増補版〕218 頁 (法律文化社、1994)、日笠完治「判批」杉原泰雄＝野中俊彦編『新判例マニュアル憲法 II』187 頁 (三省堂、2000)、押久保倫夫「判批」高橋和之ほか編『憲法判例百選 II』〔第 5 版〕266 頁 (2007)、永田憲史「判批」佐藤幸治＝土井真一編『判例講義憲法 II』165 頁 (悠々社、2010)、中村英「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選 II』〔第 6 版〕260 頁 (2013)、清水晴生「判批」白鷗大学法科大学院紀要 7 号 204 頁 (2013) などがある。作問前掲註 25) 論文 265 頁以下など参照。

- 51) 東京地判昭和 38 年 7 月 29 日行集 14 巻 7 号 1316 頁。
- 52) 大阪高判昭和 39 年 5 月 30 日高刑集 17 巻 4 号 384 頁。本件評釈には、川口実「判批」季刊労働法 53 号 188 頁 (1964)、高橋幹男「判批」判例タイムズ 193 号 73 頁 (1966)、光藤景皎「判批」伊藤正己編『マスコミ判例百選』146 頁 (1971)、庭山英雄「判批」藤木英雄編『続刑法判例百選』132 頁 (1971) などがある。
- 53) 東京地判昭和 39 年 9 月 28 日下民集 15 巻 9 号 2317 頁。本件評釈は君塚正臣『司法権・憲法訴訟論下巻』第 16 章 (法律文化社、2018) 参照。
- 54) 東京高判昭和 43 年 1 月 26 日高刑集 21 巻 1 号 23 頁。本件評釈には、石川弘「判批」法律のひろば 21 巻 5 号 58 頁 (1968)、鴨良弼「判批」判例評論 116 号 45 頁 (1968)、田宮裕「判批」判例タイムズ 221 号 83 頁 (1968)、宮本安美「判批」季刊労働法 70 号 183 頁 (1968)、光藤景皎「判批」伊藤正己編『マスコミ判例百選』148 頁 (1971) などがある。
- 55) 最大判昭和 33 年 9 月 10 日民集 12 巻 13 号 1969 頁。本件評釈は君塚前掲註 53) 書第 21 章参照。
- 56) 最大判昭和 44 年 12 月 24 日刑集 23 巻 12 号 1625 頁。本件評釈は君塚前掲註 53) 書第 33 章参照 (改訂時には本章で引用すべきもの)。本件評釈に、小林節「判批」Article 29 号 30 頁 (1988) 追加。
- 57) 最大判昭和 45 年 9 月 16 日民集 24 巻 10 号 1410 頁。本件評釈には、宇野栄一郎「判批」ジュリスト 469 号 253 頁 (1971)、同「判批」法曹時報 23 巻 1 号 192 頁 (1971)、同「判批」最高裁判所調査官室『最高裁判所判例解説民事篇昭和 45 年度』271 頁 (法曹会、1971)、森下忠「判批」民商法雑誌 65 巻 2 号 124 頁 (1971)、新井隆一「判批」法学セミナー 179 号 114 頁 (1971)、「判批」時の法令 744 号 53 頁 (1971)、戸松秀典「判批」法学協会雑誌 89 巻 12 号 1792 頁 (1972)、菊田幸一「判批」明大法律論叢 48 巻 2 号 131 頁 (1975)、



- 和田英夫「判批」雄川一郎編『行政判例百選Ⅰ』58頁（1979）、高田敏「判批」塩野宏＝小早川光郎編『行政判例百選Ⅰ』〔第3版〕42頁（1993）、藤馬龍太郎「判批」芦部信喜＝高橋和之編『憲法判例百選Ⅰ』〔第3版〕34頁（1994）、若狭勝「判批」研修575号65頁（1996）、島田茂「判批」塩野宏ほか編『行政判例百選Ⅱ』〔第4版〕42頁（1999）、小山剛「判批」佐藤幸治＝土井真一編『判例講義憲法Ⅰ』12頁（悠々社、2010）、藤井樹也「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅰ』〔第6版〕34頁（2013）などがある。
- 58) 森竹美「幸福追求権について—立法政策の核として」西南学院大学大学院法学研究論集18号1頁、24頁（2000）。
- 59) 早瀬勝明『憲法13条解釈をどうやって客観化するか』5頁（大学教育出版、2011）。
- 60) 山崎友也「現代における『自己決定権』の存在意義」公法研究78号104頁、107頁（2016）。早瀬勝明「憲法13条解釈における判例と学説の距離」甲南法務研究6号89頁（2010）も参照。
- 61) これに対し、裁判所は「13条が私生活上の自由を保障し、そこから個別具体的な自由を導出している」とする分析もある。中曾久雄「憲法13条と私生活上の自由」愛媛法学会雑誌44巻1=2号101頁、118頁（2017）。竹中勲「憲法上の自己決定権と最高裁判所」同志社法學61巻3号1頁（2009）も、「個人的（個性的）な生活様式の自己決定権」を認めない立場であることもあって、これらを否定した判決群を含め、判例を淡々と網羅的に紹介する。
- 62) 大須賀明ほか『憲法講義2』46頁（有斐閣、1979）〔大須賀〕。
- 63) 山本龍彦「生殖補助医療と憲法13条—『自己決定権』の構造と適用」法律時報81巻11号100頁、102頁（2009）。関連して、同「ビッグデータ社会における『自己決定』の変容」NBL1089号29頁（2017）も参照。
- 64) 笹沼弘志『『人間の尊厳』と憲法学の課題』法学セミナー629号75頁（2007）、同「幸福を追求する権利」同630号72頁（2007）、同「権力への抵抗と法の支配」同631号73頁（2007）、同「自己決定権」同632号76頁（2007）など参照。
- 65) 佐藤功『日本国憲法概説』〔全訂第5版〕142頁（学陽書房、1996）。
- 66) 芦部前掲註1）書346頁。
- 67) 種谷春洋「『生命、自由および幸福追求』の権利(2)」岡山大学法経学会雑誌15巻1号79頁、84頁（1965）。
- 68) 同上86頁。
- 69) 芦部前掲註1）書363頁。松浦寛「環境権の根拠としての日本国憲法13条の再検討」榎原猛古稀記念『現代国家の制度と人権』155頁、168頁（法律文化社、1997）、榎原猛ほか編『新版基礎憲法』135頁（法律文化社、1999）〔浅川千尋〕ほか同旨。

- 70) 奥平康弘『憲法Ⅲ』424頁以下(有斐閣、1993)は、環境権の根拠条文として13条説を否定した後、かと言って全面的に25条に依拠するでもなく、含蓄あり過ぎる説明に至る。
- 71) 高井裕之「幸福追求権」大石眞＝石川健治編『憲法の争点』92頁、93頁(有斐閣、2008)。
- 72) 佐々木前掲註49)論文199頁。
- 73) 小山剛『「憲法上の権利」の作法』〔第3版〕94頁(尚学社、2016)。アメリカでの展開については、松井茂記「自己決定権について(1)」阪大法学45巻2号1頁(1995)、ドイツでの展開については、丸山敦裕「包括的基本権条項から導かれる権利の射程——般的行为自由の保障とその外縁」同48巻6号163頁(1999)など参照。
- 74) 佐々木惣一『改訂日本国憲法論』403頁(有斐閣、1952)。
- 75) 丸山敦裕「憲法13条論における一般的自由説とその周辺」阪本昌成古稀記念『自由の法理』573頁、579頁(成文堂、2015)。
- 76) 桜田誉「憲法における人格の保障—存在権、人格権及び生命権の法理」関西大学法学部百周年記念論文集『法と政治の理論と現実上巻』251頁、254頁(有斐閣、1987)。
- 77) 同上258頁。桜田誉「憲法における生命権の保障—救命救急医療との関連を中心に」関西大学法学論集37巻2=3号1頁(1987)も参照。
- 78) 覚道豊治『憲法』〔改訂版〕231頁(ミネルヴェ書房、1973)。
- 79) 阿部照哉『憲法』〔改訂〕96-97頁(青林書院、1991)。
- 80) 橋本公巨『日本国憲法』222頁(有斐閣、1980)。
- 81) 長尾一紘『日本国憲法』〔第3版〕137頁(世界思想社、1997)。同『日本国憲法』〔第4版〕76頁以下(世界思想社、2011)も参照。
- 82) 工藤達朗「幸福追求権の保護領域」中大法学新報103巻2=3号191頁、192頁(1997)。
- 83) 戸波江二『憲法』〔新版〕176頁(ぎょうせい、1998)。
- 84) 戸波江二「幸福追求権の構造」公法研究58号1頁、16頁(1996)。
- 85) 同上17頁。
- 86) 海外旅行の自由や乗馬の自由が基本法2条に含まれることを認めた。但し、乗馬の自由の事案では、森林でのその禁止は合憲だとした。BVerfGE 6,32(1957); BVerfGE 80,137(1989)。
- 87) 戸波江二「自己決定権の意義と射程」芦部信喜古稀記念『現代立憲主義の展開上』325頁、340頁(有斐閣、1993)。但し、K・ヘッセのように「基本編2条1項の保護の範囲を狭める解釈」もあるという。

- 88) 戸波江二=小山剛「幸福追求権と自己決定権」法学セミナー 568号 28頁 (2002)[戸波]。
- 89) 戸波前掲註84) 論文 15頁。
- 90) 同上 16頁。
- 91) 戸波前掲註83) 書 177頁。なお、同上 15頁も同旨。
- 92) 戸波=小山前掲註88) 文献 30頁 [戸波]。
- 93) 戸波前掲註83) 書 178頁\*。
- 94) 戸波前掲註84) 論文 18頁。
- 95) 赤坂正浩『憲法講義 (人権)』270頁 (信山社、2011)。
- 96) 内野正幸『憲法解釈の論点』〔第4版〕53-54頁 (日本評論社、2005)。
- 97) 阪本前掲註12) 書 237頁。
- 98) 同上 238頁。
- 99) 同上 239頁。
- 100) 同上 240頁。
- 101) 阪本昌成「プライバシーの権利」樋口陽一編『講座憲法学 3—権利の保障【1】』220頁、225頁 (日本評論社、1994)。
- 102) 阪本前掲註12) 書 240頁。その立場は、同『憲法 2—基本権クラシック』〔第4版〕108頁 (有信堂、2011) でも確認できる。
- 103) 松井茂記「明文根拠を欠く基本的人権の保障」戸松秀典=野坂泰司編『憲法訴訟の現状分析』142頁、148頁 (有斐閣、2012)。
- 104) 新正幸『憲法訴訟論』〔第2版〕556頁 (信山社、2010)。
- 105) 伊藤正己『憲法』〔第3版〕195頁注2 (弘文堂、1995)。
- 106) 樋口陽一『憲法』〔第3版〕290頁 (創文社、2007)。
- 107) 粕谷友介「憲法 13 条前段『個人の尊重』」法学教室 89号 13頁、16頁 (1988)。
- 108) 遠藤比呂通『自由とは何か』101頁 (日本評論社、1993)。
- 109) 棟居快行『憲法学再論』265頁 (信山社、2001)。森前掲註58) 論文 29頁も同様。
- 110) 山田卓生「自己決定権をめぐる一佐藤教授に答えて」法学教室 102号 63頁、64頁 (1989)。「法学入門ないし法社会学のつもりであり、佐藤幸治の取り上げた問題は「いわば『つけ足し』の部分なのである」とも述べる。同論文 63-64頁。山田は当時、横浜国立大学教授。
- 111) 山田卓生『私事と自己決定』i頁 (日本評論社、1987)。

- 112) 吉村良一「なぜいま『自己決定権』か」法の科学28号77頁、80頁(1999)。同「『自己決定権』論の現代的意義・覚書」立命館法学260号119頁(1998)も参照。
- 113) それぞれ、山田前掲註111)書19頁以下、111頁以下、219頁以下に相当する。「危険行為」の中には「有害承知の喫煙」(155頁以下)などもあり、飲酒、麻薬、賭博などの自堕落な行為(この場合、他人に迷惑をかけない限り、という条件はあるのかもしれないが)についても触れられている。
- 114) 同上335頁。
- 115) 同上336頁。
- 116) 同上344頁。
- 117) 同上343頁。
- 118) 同上同頁。
- 119) 同上同頁。
- 120) 憲法学の立場から、「憲法は国家法であると性格規定されるとき、ともすると、憲法は国民の日常の具体的生活とは何か次元を異にする法であるとの印象を生みがちである」と牽制していたのは、佐藤幸治「人間の具体的生活の中の憲法」佐藤=初宿正典編『人権の現代的諸相』2頁(有斐閣、1990)である。民法上のプライバシー権と基本的人権としてのそれとの区別につき、松井茂記「情報コントロール権としてのプライバシーの権利」法学セミナー404号37頁、38-39頁(1988)参照。竹中勲「憲法上のプライバシーの権利と最高裁判所」阿部照哉喜寿記念『現代社会における国家と法』31頁(成文堂、2007)も参照。このほか、刑法と憲法との関係について、稲葉実香「生命の不可侵と自己決定権の狭間(1)―安楽死行為の憲法上の位置づけに関する一考察」法学論叢158巻1号47頁、47-48頁(2005)も参照。なお、気賀沢洋文「憲法13条(幸福追求権)が意味するもの―『新しい人権』の打ち出の小槌なのか」昭和女子大 学苑703号1頁、17頁(1998)は、逆に、まずは民法、特に709条などを補充して「裁判によって実現される人権と解すべき」であり、憲法論先行の議論に警鐘を鳴らす。
- 121) 松井前掲註5) 論文3頁。
- 122) 詳細は、S・ウォレンほか(外間寛訳)「プライバシーの権利(1、2・完)」法律時報31巻6号18頁、7号80頁(1959)、桜井節夫「プライバシー権の素描」中大英米法学12号3頁(1961)、三和一博「プライバシー法理の発展―アメリカの場合を中心に」東洋法学5巻1号59頁(1961)、同「プライバシーの権利とその範囲―アメリカの判例をめぐるいくつかの法的問題点」同2号55頁(1962)、マーミン・サミュエル(釜田泰介訳)「プライバシーの権利―アメリカ憲法における最近の動向」同志社法学28巻2号133頁(1976)、阪本昌成「アメリカのプライバシー保護法」ジュリスト742号

- 229 頁 (1981)、大越康夫「アメリカにおけるプライバシーの権利の展開」国際商科大学論叢 25 号 173- 頁 (1982)、新保史生「『プライバシーの権利の成立過程』に関する若干の考察」駒沢大学学研究 21 号 13 頁 (1995)、松井茂記「アメリカカープライヴァシー保護法制の展開」法律時報 72 卷 10 号 25 頁 (2000)、佐々木秀智「アメリカにおけるプライバシー権保護の歴史的展開と課題」明治大学社会科学研究所年報 42 卷 17 頁 (2002)、牧田潤一郎「アメリカのプライバシー保護」自由と正義 61 卷 3 号 90 頁 (2010)、上田宏和「アメリカ憲法における『自己決定権』—Bowers v. Hardwick と Lawrence v. Texas の比較検討」創価大学大学院紀要 32 号 77 頁 (2010)、同「アメリカ憲法学におけるプライバシー権の展開」同 34 号 99 頁 (2012)、同「アメリカ憲法学における『自己決定権』の保護範囲—Lawrence v. Texas を契機として」同 35 号 63 頁 (2013)、大林啓吾「アメリカにおける情報プライバシー権の法理」千葉大学法学論集 27 卷 4 号 157 頁 (2013) など参照。
- 123) 410 U.S. 113 (1973) .
- 124) 381 U.S. 479 (1965) .
- 125) 「『自己決定権』として包摂されうる大事な人権であるとすれば、できるだけ単独の条文に基礎づけることが良いのではないか」。佐藤幸治「講演・日本国憲法と『自己決定権』」法学教室 98 号 6 頁、16 頁 (1988)。
- 126) 山田前掲註 111) 書 345 頁。
- 127) 山田卓生「子どもと自己決定—病氣・医療・出産をめぐる」自由と正義 38 卷 6 号 17 頁 (1987)。
- 128) 塩野宏『行政法 I』〔第 6 版〕80 頁 (有斐閣、2013)。
- 129) 西村前掲註 29) 論文 232 頁同旨。
- 130) 藤井樹也『「権利」の発想転換』354 頁 (成文堂、1998)。
- 131) 同上同頁。
- 132) 同上 355 頁。
- 133) 同上同頁。
- 134) 同上 356 頁。
- 135) 同上 359 頁。
- 136) 君塚正臣＝藤井樹也＝毛利透『VIRTUAL 憲法』77 頁 (悠々社、2005) [藤井]。
- 137) 藤井樹也「労働者保護規定としての修正 13 条」成蹊法学 88 号 406 頁、391-390 頁 (2018)。
- 138) 中曾前掲註 31) I 論文 134 頁。

- 139) 同上 146 頁。
- 140) 丸山前掲註 75) 論文 583 頁。
- 141) 佐藤前掲註 3) 書 177 頁。
- 142) 池田弘乃「ジェンダー法学と憲法 13 条—リベラル・フェミニズムと『徳の論理』の関係性についての一試論」ジェンダー研究 12 号 101 頁、119 頁 (2009)。
- 143) 渋谷秀樹『憲法』〔第 3 版〕181 頁 (有斐閣、2017)。
- 144) 伊藤公一『憲法概要』〔改訂版〕60 頁 (法律文化社、1983)。
- 145) 浦部法穂『憲法学教室』〔第 3 版〕45 頁 (日本評論社、2016)。
- 146) しかし、そこには「情報収集型」と「公表型」がある。棟居快行「プライバシー権の双面性」法学教室 104 号 26 頁 (1989)。
- 147) これについては、内布光「インターネット社会とプライバシー保護 (上、下)」NBL657 号 6 頁、659 号 28 頁 (1999)、高木篤夫「インターネット上の名誉毀損とプライバシー侵害」法律のひろば 55 巻 6 号 32 頁 (2002)、畠中郁昌「インターネットとプライバシー保護—プライバシー侵害の視点からの考察」九州国際大学大学院法政論集 10 巻 143 頁 (2008)、上机美穂「インターネット上の発言による名誉毀損・プライバシー侵害の救済」札幌法学 24 巻 1 号 31 頁 (2012)、松井茂記『インターネットの憲法学』〔新版〕(岩波書店、2014)、小倉一志「インターネット上のプライバシー侵害に関する一考察」高見勝利古稀記念『憲法の基底と憲法論』923 頁 (信山社、2015)、山本龍彦「インターネット時代の個人情報保護—実効的な告知と国家の両義性を中心に」慶應法学 33 号 181 頁 (2015)、同「インターネット時代の個人情報保護—個人情報の『定義』とプロファイリングを中心に」阪本古稀前掲註 75) 書 539 頁、松尾剛行『最新判例にみるインターネット上のプライバシー・個人情報保護の理論と実務』(勁草書房、2017)、佐々木秀智「インターネット上の私的事実公表型プライバシー侵害とアメリカ合衆国憲法修正第 1 条」明大法律論叢 89 巻 6 号 221 頁 (2017) など参照。
- 148) 芦部前掲註 1) 書 373 頁。
- 149) 同上 357 頁。
- 150) これを、「生命の処分」としつつ女性の権利に傾けるのが、石村修「自己決定権としての生命の処分」専修大学法学研究所紀要 15 号『公法の諸問題Ⅲ』19 頁 (1990) であり、「『人の生命』は分娩時ではなく、受胎時から始まると言うのは、一つの否定され得ない事実である」と述べ、胎児の生命に傾けるのが、ホセ・ヨンバルト「生きる権利と死ぬ権利は同じか」上智法学論集 43 巻 1 号 1 頁、4 頁 (1999) である。
- 151) 君塚正臣編『大学生のための憲法』73-75 頁 (法律文化社、2018) [君塚] 参照。



- 152) 巻前掲註 31) 論文 96 頁同旨か。
- 153) なお、岩間明道『憲法綱要』53 頁以下(尚学社、2011)は、包括的人権の規定として憲法 25 条を挙げ、環境権はおろか、名誉権や「自己の生命、身体の処分を決定する自由」も同条が保障するというユニークな立場である。
- 154) 森前掲註 58) 論文 20 頁。
- 155) 君塚正臣編『比較憲法』215 頁(ミネルヴァ書房、2012)[君塚]。
- 156) 竹中勲「自己決定権の意義」公法研究 58 号 28 頁、35 頁(1996)[以下、竹中前掲註 156) I 論文、と引用]。本報告のフルバージョンとして、同「憲法上の自己決定権の意義」産大法学 29 巻 4 号 25 頁(1996)がある。
- 157) 土井真一「『生命に対する権利』と『自己決定』の観念」公法研究 58 号 92 頁、95 頁(1996)。
- 158) 小山剛「『安全』と情報自己決定権」法律時報 82 巻 2 号 99 頁、102 頁(2010)。
- 159) 松井前掲註 5) 論文 36 頁。
- 160) 佐藤前掲註 125) 文献 14 頁。
- 161) 羽瀨雅裕「『自己決定権』という名の権利？」帝塚山法学 23 号 21 頁、33 頁(2012)。
- 162) 抱喜久雄「『自己決定権』をめぐる議論への若干の疑問」憲法論叢 9 号 21 頁、35 頁(2002)。
- 163) 山根俊彦「名前の『自己決定権』の危うさ—『静岡本名裁判』雑観」エトランデュテ創刊号 195 頁、196 頁(2017)は、「オールドカマーの在日コリアンの圧倒的多数が通称名(日本名)をのって生活していることについて、『自由な選択の結果』の「自己決定であると考えるのは問題である」としている。また、「母語を含む言語を使用する権利の自覚は、現実の社会的差別の克服のみならず、特に多民族文化への移行期にある日本にとって、今後ますます重要な課題となるであろう。」杉田聡「母語を話す権利—精神の自由および幸福追求権の一つとしての(その2)」人権 21 203 号 38 頁、44 頁(2009)。こういったことは、婚姻時の氏の選択についても言え、若尾典子「自己決定と女性」法の科学 28 号 106 頁、108 頁(1999)は、「現実には妻の側に、強制される自己決定という問題がつきまとっている」と指摘している。
- 164) 竹中勲「『新しい人権』の承認の要件」法学教室 103 号 32 頁、34 頁(1989)。
- 165) 宍戸常寿『憲法—解釈論の応用と展開』〔第 2 版〕16 頁(日本評論社、2014)。
- 166) 野畑健太郎「判例における『患者の自己決定権』の再考—憲法の視点から」白鷗大学法科大学院紀要創刊号 141 頁、163 頁(2007)。
- 167) 多くの問題は、私人対私人の争いになる。最後は、私法的一般条項の合憲限定解釈や適用違憲などの解釈を裁判所が行うこととなる。このことは、持ち出される憲法条項が 13 条であっても変わらない。一般法理・公理が柔軟である方がおかしい。詳細は、

君塚正臣『憲法の私人間効力論』(悠々社、2008) 参照。

- 168) 松井前掲註 103) 論文 153 頁。
- 169) 戸波江二「自己決定権の意義と範囲」法学教室 158 号 36 頁、37 頁 (1993) 参照。
- 170) 巻前掲註 31) 論文 95 頁。
- 171) 高乗前掲註 18) I 論文 19 頁。
- 172) 佐藤前掲註 125) 文献 9 頁。これに対しては、「医療的決定 (臓器移植、輸血)、妊娠中絶、進学、服装等において、未成年者にも、自己決定の余地が認められるべき」だとする山田前掲註 110) 論文 66 頁の回答がある。法令で定めた「未成年者」という一線で憲法上の自己決定権が皆無となるかのような佐藤の批判には、そもそも無理がなかったか。一般的に、矢島基美『『自己決定権』をめぐる議論に寄せて (上、下)』上智法学論集 43 巻 4 号 65 頁、44 巻 1 号 81 頁 (2000)、10 歳男児への輸血を親が宗教的理由から拒否した事案について、中村敏昭『『自己決定権をめぐる』〔I〕・信仰による輸血拒否と自己決定権 (1)』城西大学経済経営紀要 8 巻 2 号 1 頁、6 頁以下 (1987) など参照。
- 173) 佐藤幸治『現代国家と人権』107 頁 (有斐閣、2008)。
- 174) 井上典之「『自己決定権』という憲法上の権利について (1)―その判例・学説の整理と検討」神戸法学雑誌 49 巻 3 号 99 頁、128 頁 (2000)。
- 175) 芦部前掲註 1) 書 349 頁。
- 176) 戸波江二ほか「第一部会討論要旨」公法研究 58 号 114 頁、130 頁 (1996) [君塚正臣]。
- 177) 工藤前掲註 82) 論文 194 頁。
- 178) 竹中前掲註 156) I 論文 35-36 頁。
- 179) 佐藤前掲註 125) 文献 14 頁。松井前掲註 5) 論文 41 頁同旨。
- 180) 松井前掲註 5) 論文 37 頁。
- 181) 山田前掲註 110) 論文 65 頁参照。
- 182) 青柳幸一『個人の尊重と人間の尊厳』149 頁 (尚学社、1996)。
- 183) 土井前掲註 157) 論文 96 頁。
- 184) 中曾前掲註 31) I 論文 135 頁。
- 185) 同上同頁。
- 186) 中曾前掲註 61) 論文 124 頁。
- 187) 詳しくは、君塚正臣『性差別司法審査基準論』119 頁以下 (信山社、1996) 参照。
- 188) 同様の疑問は、釜田泰介「恣意的判断と憲法 13 条審査に関する一考察」同志社法学 60

- 卷3号117頁(2008)にもある。政府の判断が「恣意的判断」であるかどうかの裁判所の判断は恣意的である懸念もあるし、そもそもどの程度の保障をされる権利なのかによって判断枠組は異なり、その下で、いかなる立法目的や手段が「不合理」かが判断されるべきである。
- 189) 種谷春洋「日本国憲法第13条後段の『公共の福祉』概念——比較憲法の考察」岡山大学法経学会雑誌13巻2号1頁、29頁(1963)。
- 190) 同上50頁。
- 191) 佐藤前掲註125) 文献12頁。
- 192) 芦部編前掲註35) 書147頁[種谷]。
- 193) 同上148頁[種谷]。
- 194) 同上149頁[種谷]。
- 195) 種谷春洋「『生命、自由および幸福追求』の権利(3・完)」岡山大学法経学会雑誌15巻2号47頁、50頁(1965)。
- 196) 芦部編前掲註35) 書160頁[種谷]。
- 197) 同上同頁[種谷]。
- 198) 同上162頁[種谷]。種谷にとって、賭博より喫煙は権利性を認める余地があったとも受け取れる。
- 199) 佐藤前掲註173) 書49頁。元は、佐藤幸治「追悼講演・『幸福追求権』から『近代寛容思想』へ」大阪市大法学雑誌35巻1号1頁、7頁(1988)。
- 200) 佐藤前掲註125) 文献10頁。
- 201) 同上11頁。
- 202) 佐藤幸治「憲法学において『自己決定権』をいうことの意味」法哲学年報1989 76頁、82頁(1990)。
- 203) 同上同頁。
- 204) RONALD DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY, 272 (HARVARD UNIVERSITY PRESS, 1977)。
- 205) 佐藤幸治ほか『ファンダメンタル憲法』5-6頁(有斐閣、1994)[佐藤]。
- 206) 佐藤前掲註173) 書93頁。
- 207) 同上同頁。
- 208) 佐藤前掲註202) 論文85頁。
- 209) 佐藤前掲註120) 論文13頁。

- 210) 佐藤前掲註 173) 書 101 頁。
- 211) 佐藤前掲註 202) 論文 86 頁。
- 212) 同上 87 頁。
- 213) 同上 88 頁。
- 214) 同上同頁。
- 215) 同上 89 頁。
- 216) 同上 89-90 頁。
- 217) 佐藤前掲註 125) 文献 17 頁。
- 218) 佐藤前掲註 173) 書 102 頁。
- 219) 駒村前掲註 4) 論文 2 頁。
- 220) 佐藤前掲註 202) 論文 92 頁。
- 221) 同上 93-94 頁。
- 222) 井上達夫ほか「岡山大会シンポジウムの記録」法哲学年報 1989 100 頁、117 頁 (1990) [及川伸] は、「村落共同体」などの「自己決定権に共同体が与える影響」を質問している。同文献 117-118 頁 [佐藤幸治] は、「会社のあり方というのは人間の生活にある意味で決定的な役割を与えている」が、「案外今の若い人たちは自己主張するような面もあって、そうまるごと抱え込まれるところもないんじゃないかということもある」と回答しており、質疑応答は必ずしも噛み合っていない。
- 223) 竹中勲「自己決定権と自己統合希求的利益説」産大法学 32 巻 1 号 1 頁 (1998)。
- 224) 竹中勲「憲法 13 条と自己人生創造希求権」佐藤幸治古稀記念『国民主権と法の支配下巻』135 頁、147 頁 (成文堂、2008)。
- 225) 竹中前掲註 156) I 論文 37 頁。
- 226) 同上 38 頁。
- 227) 詳しくは、竹中勲「性的結合の自由 (1、2・完) —憲法上の自己決定権の日米比較研究」産大法学 27 巻 1 号 26 頁 (1993)、4 号 71 頁 (1994) 参照。
- 228) 竹中前掲註 156) I 論文 38 頁。
- 229) 竹中前掲註 223) 論文 18 頁。
- 230) 同上 23 頁。
- 231) 竹中勲「精神障害者の強制入院制度の憲法学的検討」同志社法學 56 巻 6 号 177 頁、183 頁 (2005) は、「精神障害者の強制入院は」「自己決定権」を制約するもの」として、これを「『パレンス・パトリエ』と『ポリス・パワー』という用語を用いての説明がし

- ばしば行われているが、これらの用語は直ちに具体的な憲法解釈論的帰結をもたらすものではなく、むしろ、ミスリーディングであることが否めない」と述べていることから、多くの場合、精神障害者の自己決定権を肯定しているであろうことが窺われる。関連して、同「医療介護福祉情報と憲法—医療・介護・福祉情報の保護と共有・公開・公表」同58巻7号45頁（2007）も参照。
- 232) 土井真一「人格的自律権論に関する覚書」佐藤古稀前掲註224) 書155頁、170頁。牧野広義『「自己決定権」をめぐる』大阪経済法科大学法学研究所紀要36号1頁、9頁（2003）も、生命の処分を認め、「自殺や堕胎、臓器売買などが正当化されてしまうと、『生命の権利』は空文句とな」と指摘する。
- 233) 土井同上173頁。
- 234) 市川正人『基本講義憲法』96頁（新世社、2014）。大日方信春『憲法Ⅱ』〔第2版〕69頁（有信堂高文社、2018）同旨。
- 235) 永田秀樹ほか『講義・憲法学』98頁（法律文化社、2018）〔長岡徹〕。
- 236) 木下智史＝伊藤健『基本憲法Ⅰ』62頁（日本評論社、2017）〔木下〕。このほか、間宮庄平「人格的自律（自己決定）権の概念化と明文なき権利（黙示的権利）の成文化」近畿大学豊岡短期大学論集4号63頁、70頁（2007）も人格的自律権説に属する。
- 237) 榎原猛『憲法—体系と争点』132頁（法律文化社、1986）。
- 238) 同上133-137頁。
- 239) 芦部信喜『憲法判例を読む』130-131頁（岩波書店、1987）では、憲法13条の保障範囲を狭めて司法審査基準を高める方向に傾いている。松井前掲註5) 論文19頁参照。
- 240) 芦部前掲註1) 書344頁。
- 241) 巻前掲註31) 論文94-95頁。
- 242) 同上95頁。
- 243) 卷美矢紀「自己決定権に関する一試論—共同体論の批判に対するリベラリズムの応答を手がかりに」本郷法政紀要6号365頁、375頁（1997）。
- 244) 辻村みよ子『憲法』〔第6版〕141頁（日本評論社、2018）。
- 245) 市川前掲註234) 書95頁。
- 246) 初宿正典『憲法2』〔第3版〕131頁（成文堂、2010）は、「通説的見解」「によれば、幸福追求権は、「人格的利益説」であると述べ、同書133頁はその説の「概要」の解説に進んでいるが、同書132頁は両論併記的に「一般的自由」説を紹介しており、同書が何れの説を支持するのかは明言できない。
- 247) 作間前掲註25) 論文267頁参照。

- 248) 竹中勲「人権としての『自己決定権』」ジュリスト 884 号 180 頁、181 頁 (1987)。
- 249) 戸波ほか前掲註 175) 文献 126 頁 [阪本昌成]。このため、少なくとも現時点で、人格的自律説を当然の前提として司法試験論文式などで出題をするようなことは、あまり適切とは言えない。
- 250) この点、市川前掲註 234) 書 96 頁が「最近では、」一般的自由権説「も有力に主張されている」と記述しているのは、種谷の孤軍奮闘を過大視しているように思われる。
- 251) 内野前掲註 96) 書 53 頁。
- 252) 戸波前掲註 169) 論文 37 頁など。
- 253) 同上同頁。
- 254) 京都地判昭和昭和 61 年 7 月 10 日判地自 31 号 50 頁。
- 255) この種の性に基づく指定がなされるとき、本質は個性を否定する強制の方にあるのであり、松井前掲註 5) 論文 64-65 頁の述べるように、単に平等の問題としてよいかは疑問として残る。
- 256) 浦部前掲註 145) 書 49 頁。
- 257) 戸波ほか前掲註 175) 文献 117 頁 [戸波江二]。松井前掲註 103) 論文 151 頁、渋谷前掲註 143) 書 180 頁など同旨。
- 258) 作間前掲註 25) 論文 267 頁。
- 259) 戸波ほか前掲註 175) 文献 117 頁 [戸波]。
- 260) 戸波前掲註 169) 論文 37 頁。
- 261) 松井前掲註 5) 論文 53 頁。
- 262) 芦部信喜『憲法』[新版補訂版] 116 頁\* (岩波書店、2000)。なお、芦部信喜 (高橋和之補訂)『憲法』[第 6 版] 121 頁\* (岩波書店、2015) でも表現は同じである。
- 263) 巻前掲註 31) 論文 95 頁。
- 264) 同上 101 頁。
- 265) 小泉良幸「自己決定と、その環境」山形大学法政論叢 10 号 63 頁、95 頁 (1997)。
- 266) 谷田義弘「いわゆる『丸刈り校則事件』と子どもの『私事の自己決定権』に関する若干の検討」名城法学論集 18 号 1 頁、6 頁 (1991)。
- 267) 同上 31 頁は、修学旅行の制服の集団を見た外国人が、日本はまだ軍国主義教育をしているかのような感想を持ったケースもあることを紹介している。因みに、東京の高校では、長く、国公立の伝統校ほど制服の規制が緩く、筆者もこれを当然と思ってきた。公立中学校の男子丸刈り強制は論外であった。実際、日本で生じてきたことは、明治



- 藩閥政府以来の規制と規律を当然とした環境で育った者たちが多数派・優位となり、個性的な活動を潰すことではなかったか。
- 268) 丸山前掲註 75) 論文 587 頁。
- 269) 阪本前掲註 101) 論文 250 頁。
- 270) ドイツの同様な議論に対する指摘として、實原隆志「憲法 13 条の適用場面について」長崎国際大学論叢 6 卷 25 頁、29 頁 (2006) 参照。
- 271) 佐藤幸治「憲法 13 条と自己情報コントロール権」NBL912 号 15 頁、19 頁 (2009)。
- 272) 戸波ほか前掲註 175) 文献 131 頁 [土井真一]。
- 273) ヨンバルト前掲註 8) 論文 16 頁。
- 274) 内野前掲註 22) 論文 8 頁。
- 275) 毛利透ほか『Legal Quest 憲法Ⅱ』〔第 2 版〕55 頁 (有斐閣、2017) [毛利]。
- 276) 内野前掲註 22) 論文 8 頁同旨か。
- 277) 佐藤前掲註 173) 書 83 頁。
- 278) 土屋清「憲法学における自己決定権論のパラダイム (3)」早大法研論集 104 号 201 頁、202 頁 (2002)。
- 279) 「国家保護義務」という語が、その使用者の意思を超えて、政権担当者などによって、人権への過剰な介入の根拠となり得る危険については、君塚正臣『司法権・憲法訴訟論上巻』第 13 章 (法律文化社、2018) や君塚前掲註 53) 書第 18 章及び第 29 章などで述べてきた通りである。芦部信喜『宗教・人権・憲法学』230 頁 (有斐閣、1999)、佐藤前掲註 173) 書 150 頁など参照。同様に、結局は同じことを説明するにせよ、「人格」という語も、佐藤の意図を外れて、為政者や後継研究者などにより修身の国定教科書かのような意味付けを与えられる危険がないか、危惧するところである。
- 280) 池田前掲註 142) 論文 119 頁。「リベラリズムと卓越主義を結びつける媒体となるのが、人格的自律 (personal autonomy) の概念である。」江藤祥平『近代立憲主義と他者』90 頁 (岩波書店、2018)。
- 281) 森前掲註 58) 論文 19 頁。森竹美「幸福追求権と少数民族の権利—いわゆる二風谷訴訟を通じて」西南学院大学大学院法学研究論集 19 号 183 頁 (2001) も参照。
- 282) 戸波前掲註 169) 論文 38 頁。
- 283) 高井裕之「幸福追求権」法学教室 357 号 31 頁、34 頁 (2010)。
- 284) 竹中前掲註 164) 論文 35 頁。
- 285) 樋口陽一『国法学—人権原論』〔補訂〕54 頁 (有斐閣、2007) は、「個人の自立と自律

を前提とし、自己決定の結果に責任を負いつつ公共社会をとりむすぶ」人間像を提示する。これに対し、杉山有沙「生存権対象者と無力化された『強い個人』—障害者差別禁止法理から見た憲法上の合理的配慮の可能性」帝京法学 31 巻 1=2 号 143 頁、147 頁 (2018) は、「生存権が抱える抑圧構造の克服に資する“無力化された『強い個人』”を顕在化させ」ようとする。大野友也「知的・精神的障がい者の自己決定権」鹿児島大学法学論集 49 巻 2 号 195 頁 (2015) も参照。

- 286) 竹中勲「親の子どもを教育する自由と憲法上の自己決定権」神戸大学教養部紀要 44 号 1 頁 (1989)。
- 287) 駒村前掲註 4) 論文 4 頁。
- 288) 小泉前掲註 265) 論文 94 頁。
- 289) 辻村みよ子編『ニューアングル憲法』60 頁 (法律文化社、2012) [高井裕之]。
- 290) 竹中前掲註 248) 論文 181 頁。
- 291) 佐藤幸治「憲法 13 条と自己情報コントロール権」NBL912 号 15 頁、19 頁 (2009)。
- 292) 堀部政男ほか「質疑応答」NBL912 号 23 頁 (2009) [佐藤幸治]。
- 293) 佐藤幸治『現代国家と司法権』182 頁 (有斐閣、1988)。
- 294) 阪本前掲註 101) 論文 244 頁。
- 295) 佐藤前掲註 173) 書 80 頁。
- 296) 土井真一「佐藤幸治教授の人格的自律権論—その意義と射程」法律時報 81 巻 11 号 61 頁、62 頁 (2009)。
- 297) 阪本前掲註 101) 論文 222 頁。
- 298) 土井前掲註 296) 論文 63 頁。
- 299) 佐藤前掲註 3) 書 192 頁。
- 300) 佐藤の 13 条論の起点である種谷春洋は、「刑事及び行政における実態の適正化並びに行政手続の適正化の点において、一般法として身体の自由を保障している」と述べている。種谷前掲註 67) 論文 98 頁。もし、行政手続の適正の憲法的要請が、生命・身体を侵害する場合に限定されるのであれば、この理解はありうるが、そうであれば、財産や精神などを侵害する場合には憲法 13 条の射程から外れるのかという疑問が残る。そう考えると、佐藤説の結論のように、憲法 13 条は、侵害利益の如何に依らず行政手続の適正を要求していると解するべきであり、つまりは、人格的自律に関わらない場面でも要求していると解するべきであるように思える。
- 301) ここに焦点を絞って判例を分析するのが、粕谷友介「司法過程における憲法 13 条」上智法学論集 30 巻 2=3 号 115 頁 (1987) である。

- 302) 土屋清「憲法学における自己決定権論のパラダイム (1)」早大法研論集 101 号 129 頁、137 頁 (2002)。
- 303) 早瀬前掲註 59) 書 32 頁。
- 304) 同上 33 頁。
- 305) 巻前掲註 31) 論文 95 頁。
- 306) 土井前掲註 157) 論文 92 頁。
- 307) 竹中勲「『安楽死』と憲法上の自己決定権」法学教室 199 号 81 頁、84 頁 (1997) [以下、竹中前掲註 307) I 論文、と引用]。竹中は、本人の事前の同意なき医師による脳死判定に続く臓器摘出には否定的である。同「生命に対する権利と憲法上の自己決定権」佐藤=初宿編前掲註 120) 書 24 頁、40-41 頁。
- 308) 竹中前掲註 307) I 論文 85 頁。
- 309) 同上同頁。
- 310) 矢口俊昭「科学技術の発展と自己決定権」法学教室 212 号 22 頁、25 頁 (1998)。
- 311) ヨンパルト前掲註 150) 論文 2 頁。
- 312) 土井前掲註 157) 論文 96 頁。
- 313) 中山道子「自己決定と死」岩波講座前掲註 22) 書 101 頁、113 頁は、「判断能力ある成人の場合であっても、経済的負担や、うつ病など、いわば、外在的な要素が判断において占める位置が問題とされた」と指摘する。中村敏昭「『自己決定権をめぐる』[I]・信仰による輸血拒否と自己決定権(2)」城西大学経済経営紀要 9 卷 1 号 1 頁、15 頁(1989) は、「自殺全体でうつ病の関与する割合は、学者によって数字が異なるが、多い方では「約半数」「少ない方では」「1/3 が精神障害を示し、さらにその 1/3 がうつ病による」とする」と解説する。
- 314) 渋谷前掲註 143) 書 187 頁。
- 315) 土井前掲註 157) 論文 99 頁。
- 316) ヨンパルト前掲註 150) 論文 8 頁。
- 317) 丸山雅夫「安楽死と尊厳死」法学セミナー 504 号 92 頁、95 頁 (1996)。
- 318) 稲葉実香「生命の不可侵と自己決定権の狭間 (2・完) —安楽死行為の憲法上の位置づけに関する一考察」法学論叢 158 卷 2 号 54 頁、64 頁 (2005) は、「延命治療拒否については、人生設計全般にわたる自律を問題とすべき余地がもはや存在しないことを理由として認めており、自殺はともかくとして同様の末期患者の積極的安楽死についてなぜ人生設計全般の自律を問題としうるのかは、明らかでない」と述べるが、自明の如くされる点が実は明らかでない。

- 319) 土井前掲註 157) 論文 97 頁。
- 320) 例えば、奥村前掲註 18) 論文 32 頁参照。
- 321) 早瀬前掲註 59) 書 27 頁以下は、松井説を、芦部説、佐藤幸治説と併せて「質的限定論」という範疇に含め、戸波説、阪本説の「量的拡張説」と対峙させる。
- 322) 松井茂記『二重の基準論』306 頁 (有斐閣、1994)。
- 323) 松井前掲註 5) 論文 62 頁。
- 324) 松井茂記『日本国憲法』〔第 3 版〕503-504 頁 (有斐閣、2007)。
- 325) 同上 504 頁。
- 326) 同上 312 頁。
- 327) 同上 591-592 頁。
- 328) 同上 592 頁。
- 329) 同上 593 頁。
- 330) 同上 594 頁。
- 331) 同上 595 頁。
- 332) 土井前掲註 157) 論文 94 頁。
- 333) 同上 95 頁。
- 334) 毛利透「表現の自由の公共性」自由人権協会編『憲法の現在』265 頁、266-267 頁 (信山社、2005)。
- 335) 松井前掲註 5) 論文 64 頁。
- 336) 早瀬前掲註 59) 書 44 頁。
- 337) 松井前掲註 5) 論文 74 頁。
- 338) 竹中勲「高齢者の人権と憲法学 (1)」産大法学 28 巻 3=4 号 138 頁、140-141 頁 (1995)。
- 339) 恒藤恭「個人の尊厳」尾高朝雄追悼『自由の法理』1 頁、3 頁 (有斐閣、1963) など。
- 340) 竹中前掲註 156) I 論文 35 頁。
- 341) 赤坂正浩「人格の自由な発展の権利」法学 50 巻 7 号 33 頁、58 頁 (1987)。
- 342) 小山前掲註 73) 書 94 頁。
- 343) 初宿前掲註 246) 書 133 頁。
- 344) 土屋前掲註 302) 論文 130 頁。
- 345) 中曾久雄「列挙されていない権利の保障をめぐる議論の新たな展開」愛媛法学会雑誌

- 41 卷 1=2 号 85 頁、106 頁 (2015)。
- 346) 松井前掲註 5) 論文 60 頁。
- 347) 長谷部恭男『憲法』〔第 7 版〕148 頁 (新世社、2018)。
- 348) 同上 162 頁。
- 349) 同上 163 頁。
- 350) 栗田佳泰「『新しい人権』と『一般の行為自由』に関する一考察—可謬主義の人間観に基づく憲法 13 条解釈の可能性」阪本古稀前掲註 75) 書 607 頁、620 頁。
- 351) 中村前掲註 10) 論文 206 頁。
- 352) 竹中前掲註 223) 論文 3 頁。
- 353) 同上 4 頁参照。
- 354) 同上 4-5 頁。
- 355) 土井前掲註 47) 論文 23 頁。
- 356) 永田ほか前掲註 235) 書 98 頁 [長岡]。
- 357) 松井前掲註 28) 論文 68 頁。
- 358) 六戸前掲註 165) 書 16 頁。
- 359) 松井前掲註 324) 書 597 頁。
- 360) 實原前掲註 269) 論文 30 頁同旨。
- 361) 戸波前掲註 84) 論文 15 頁。
- 362) 竹中前掲註 156) I 論文 36 頁。
- 363) 松井前掲註 28) 論文 67 頁。そして、「ジャガイモ規制法と言論規制法とでは、分析方法・分析程度が違わなければならない」。奥平康弘「公共の福祉に関する立法及び判例の傾向」清宮四郎=佐藤功編『憲法講座 2』17 頁、36 頁 (有斐閣、1963)。
- 364) 君塚編前掲註 151) 書 75 頁 [君塚]。
- 365) 戸波ほか前掲註 175) 文献 117 頁 [戸波]。
- 366) 戸波前掲註 83) 書 176 頁。
- 367) 種谷前掲註 195) 論文 56 頁。同論文 77 頁にて再論。
- 368) 佐藤前掲註 125) 文献 18 頁。但し、なお続けて、「あのような形で何が何でも丸刈りを強制しなければならない理由がどこにあるのか、私には疑問」であるとしている。
- 369) 竹中前掲註 156) I 論文 41 頁。
- 370) 竹中前掲註 45) 論文 37 頁。

- 371) 土井前掲註157) 論文97-98頁。
- 372) 齊藤前掲註48) 論文17頁。
- 373) 松井前掲註28) 論文65頁。
- 374) 高橋和之『立憲主義と日本国憲法』〔第4版〕146頁(有斐閣、2017)。
- 375) 同上147頁。
- 376) 芦部前掲註1) 書404-405頁。
- 377) 同上386頁。
- 378) 最判昭和56年4月14日民集35巻3号620頁。本件評釈には、河田勝夫「判批」法律のひろば34巻7号30頁(1981)、小西秀宣「判批」研修398号53頁(1981)、はやし・しうぞう「判批」時の法令1113号47頁(1981)、田中館照橘「判批」法令解説資料総覧22号208頁(1981)、更田義彦「判批」ジュリスト779号116頁(1982)、平松毅「判批」ジュリスト臨時増刊768号『昭和56年度重要判例解説』17頁(1982)、川上磨姫「判批」同517頁、竹中勲「判批」法学セミナー324号127頁(1982)、同「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選I』〔第6版〕42頁(2013)、田之上虎雄「判批」判例タイムズ472号『昭和56年度民事主要判例解説』222頁(1982)、呉松枝「判批」慶大法学研究55巻6号794頁(1982)、吉川日出男「判批」札幌商科大学論集商経編32号263頁(1982)、平田浩「判批」法曹時報37巻9号222頁(1985)、同「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説民事篇昭和56年度』252頁(法曹会、1986)、芝田俊文「判批」西村宏一ほか編『国家補償法大系3—国家賠償法の判例』239頁(日本評論社、1988)、多賀谷一照「判批」成田頼明=磯部力編『地方自治判例百選』〔第2版〕28頁(1993)、井上正三=井上治典「判批」新堂幸司ほか編『民事訴訟法判例百選I』〔新法対応補正版〕306頁(1998)、石村修「判批」芦部信喜ほか編『憲法判例百選I』〔第4版〕44頁(2000)、小山剛「判批」杉原泰雄=野中俊彦編『新判例マニュアル憲法I』180頁(三省堂、2000)、飯塚和之「判批」堀部政男=長谷部恭男編『メディア判例百選』96頁(2005)、上田健介「判批」佐藤幸治=土井真一編『判例講義憲法I』27頁(悠々社、2010)、伊藤眞「判批」金融法務事情2028号6頁(2015)、椎橋邦雄「判批」高橋宏志ほか編『民事訴訟法判例百選』〔第5版〕156頁(2015)、稲葉一将「判批」宇賀克也ほか編『行政判例百選I』〔第7版〕86頁(2017)などがある。
- 379) 芦部前掲註1) 書387頁。
- 380) 東京高判昭和61年8月25日判時1208号66頁。本件評釈には、内野正幸「判批」ジュリスト870号46頁(1986)、戸波江二「判批」法学セミナー384号121頁(1986)、西井正弘「判批」ジュリスト臨時増刊887号『昭和61年度重要判例解説』260頁(1987)、柏崎敏義「判批」小林孝輔編『判例教室 憲法』〔新版〕59頁(法学書院、1989)、根



- 森健「判批」芦部信喜＝高橋和之編『憲法判例百選Ⅰ』〔第3版〕18頁（1994）などがある。
- 381) 芦部前掲註1) 書387頁。
- 382) この点については、君塚前掲註53) 書第29章参照。
- 383) 戸波前掲註83) 書177頁。
- 384) 熊本地判昭和60年11月13日行集36巻11＝12号1875頁。本件評釈は君塚前掲註53) 書第16章参照。
- 385) 芦部前掲註1) 書404頁。
- 386) 松井前掲註324) 書311-312頁。
- 387) 同上312頁。
- 388) 君塚編前掲註151) 書75頁〔君塚〕。
- 389) 竹中前掲註156) I論文36頁。
- 390) 大日方前掲註234) 書68頁。
- 391) 内野前掲註96) 書54頁。
- 392) 戸波ほか前掲註175) 文献117-118頁〔戸波〕。
- 393) 小山剛＝駒村圭吾編『論点探究憲法』〔第2版〕122頁（弘文堂、2013）〔松原光宏〕。
- 394) 松井前掲註28) 論文68頁同旨。
- 395) 植田徹也「幸福追求権の射程—憲法13条を根拠とする『新しい人権』の資格認定基準」四天王寺大学紀要56号43頁、49頁（2013）。
- 396) 戸波＝小山前掲註88) 文献29頁〔小山〕。
- 397) 同上30頁〔戸波〕。
- 398) 小山前掲註73) 書94-95頁。なお、ここでいう「人格的自律権」を同書94頁は、「ドイツの用語法・分類法」に従い、「人格権」と呼ぶのであるが、それは余りに直輸入に過ぎないか。
- 399) 渡辺康行ほか「憲法Ⅰ—基本権」115頁（日本評論社、2016）〔松本和彦〕。
- 400) 棟居前掲註109) 書265頁。
- 401) 同上269頁。
- 402) 同上272頁。
- 403) 藤井前掲註130) 書365頁。
- 404) 辻村前掲註244) 書141頁も、「違憲審査基準の検討が課題となる」と述べる。

- 405) 嶋崎健太郎「憲法における生命権の再検討—統合的生命権に向けて」中大法学新報 108 巻 3 号 31 頁、55 頁 (2001)。
- 406) 佐藤前掲註 173) 書 183 頁。
- 407) このため、租税制度が憲法 13 条違反となることは難しく、多くは立法政策・裁量の問題となろう。鳥飼貴司「租税判例と憲法 13 条の法理」二松學舎大国際政経論集 17 号 233 頁、243 頁 (2011) 同旨。
- 408) 松井前掲註 5) 論文 72 頁。
- 409) 稲葉前掲註 318) 論文 81 頁。
- 410) 詳しくは、脇田吉隆「『新しい人権』と改憲論議」澤野義一ほか編『総批判改憲論』138 頁(法律文化社、2005) など参照。
- 411) 松井茂記「『ほっといてくれ』の憲法学から『みんなで一緒にやろうよ』の憲法学へ」紙谷雅子編『日本国憲法を読み直す』84 頁、100-104 頁 (日本経済新聞社、2000)。無論、原理的なプーブル主権論でもない。
- 412) 小竹前掲註 2) 論文 61 頁。
- 413) このため、憲法研究者を志望する者が憲法 13 条を最初の研究課題とすることは、あまりお勧めできない。

[付記] 本稿は、平成 30 年度 -34 年度日本学術振興会科学研究費基盤研究 (C) 一般「憲法訴訟論の適正手続・身体的自由への発展・展開」(課題番号 18K01243) による研究成果の一部である。本稿では、原則として敬称は略させて頂いた。なお、『司法権・憲法訴訟論』補遺については、(2) と (3) に当たるものとして、「裁判官の独立—『司法権・憲法訴訟論』補遺 (2)」、「立憲主義と二重の基準論—諸学問の知恵を踏まえて考え直す—『司法権・憲法訴訟論』補遺 (3)」はそれぞれ、横浜国際社会科学研究所 23 巻 1 号 (2018)、同 2 号 (2018) に掲載した。但し、横浜国際社会科学研究所は、残念ながら、本年度から学外からは電磁媒体としての閲覧しかできなくなった。基本的には、横浜国立大学学術情報リポジトリ [https://ynu.repo.nii.ac.jp/index.php?action=pages\\_view\\_main&active\\_action=repository\\_view\\_main\\_item\\_snippet&index\\_id=407&pn=1&count=20&order=16&lang=japanese&page\\_id=59&block\\_id=74](https://ynu.repo.nii.ac.jp/index.php?action=pages_view_main&active_action=repository_view_main_item_snippet&index_id=407&pn=1&count=20&order=16&lang=japanese&page_id=59&block_id=74) から参照されたい。なお、「補遺」は本稿で完結のつもりである。